

Revue de jurisprudence commerciale - Édition n°1

28 février 2023



Sous la direction scientifique de **Jean-Marie Leloup**, Avocat au Barreau de Paris, ancien Bâtonnier de l'Ordre de Poitiers

Rédaction :

Vincent Téchené, Rédacteur en chef

Perrine Cathalo, Rédactrice en droit des affaires

Affaires

Commercial

[Chronique] **Chronique « Un usage »**
Par l'Institut des usages

[Tribune] **Boulevard des Arts**
Par Alain Dautriat

Concurrence

[Chronique] **Chronique de droit de la concurrence**
Par Muriel Chagny

Réf. : CA Paris, 5-4, 14 septembre 2022, n° 20/17560 **N° Lexbase : A78398I8**

Distribution

[Chronique] **Chronique de droit de la distribution**
Par Jean-Marie Leloup

Fiscal général

[Le point sur...] **Commentaire de la loi de finances pour 2023**
Par Arnaud de Bissy

Réf. : Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023 **N° Lexbase : L4794MGN**

Propriété intellectuelle

[Chronique] **Chronique de propriété intellectuelle**
Par Christophe Alleaume

Réf. : CJUE, 22 décembre 2022, aff. C-148/21 et C-184/21, Louboutin c/ Amazon **N° Lexbase : A903884I**

[Actes de colloques] Le droit des affaires et les conflits armés : propos introductifs

N4409BZC

par Hélène Biais Ragonnaud, Directrice des affaires publiques de la Délégation des Barreaux de France à Bruxelles
Le 27 Février 2023

Cet article est issu de la conférence sur « Le droit des affaires et les conflits armés », organisée par l'association Droit et Commerce le 12 décembre 2022 au tribunal de commerce de Paris, sous la présidence de Monsieur Paul-Louis Netter et du Bâtonnier Marc Ringlé, Président de l'association.

Merci Monsieur le Président, merci Marc, bonsoir à tous,

Notre sujet ce soir, « le droit des affaires et les conflits armés » ; autrement dit, « le droit et la guerre » ; plus précisément, « le doit européen face à la guerre menée par la Russie en Ukraine » ; et finalement, « quels outils juridiques et économiques, au niveau européen, en réponse à la guerre menée par la Russie en Ukraine ? »

Pour ces propos introductifs, j'aborderai la manière dont nous suivons ces développements au niveau de la Délégation des Barreaux de France (DBF) et du Conseil des Barreaux européens (CCBE).

I. La Délégation des Barreaux de France à Bruxelles

Je saisis cette occasion pour vous présenter, en quelques mots, le rôle et les missions de la DBF. En résumé, nous sommes les yeux et les oreilles, les antennes des Barreaux français auprès des institutions européennes. Nous sommes le relais du Barreau de Paris, de la Conférence des Bâtonniers, du Conseil National des Barreaux à Bruxelles.

Il s'agit de suivre et décrypter, pour nos instances, les développements et processus décisionnels européens dans le domaine de la justice, pouvant avoir un impact sur la pratique des avocats. Nous avons une mission d'information, d'analyse, de suivi et de liaison avec le Conseil des Barreaux européens.

Nous effectuons un travail de veille quotidienne et publions également l'Observateur de Bruxelles, dont le dernier numéro est dédié aux conséquences juridiques de l'agression militaire de l'Ukraine.

En matière de formation initiale et continue, il nous incombe d'insuffler le réflexe européen chez les avocats et les futurs avocats.

Comment nos missions trouvent à s'appliquer dans un contexte tel que celui de l'invasion de l'Ukraine par la Russie ?

II. La présidence française du Conseil de l'Union européenne impactée par la guerre en Ukraine

La France a pris pendant 6 mois, du 1er janvier au 30 juin 2022, la Présidence du Conseil de l'Union européenne (UE). Dès le 24 février 2022, tous les agendas, de tous les Conseils, dans tous les domaines ont été bouleversés et impactés.

Les Barreaux français s'étaient mobilisés en amont pour s'impliquer très activement dans les travaux en matière de justice. Dès le Conseil des ministres de la Justice du 4 mars, la Présidence française, en première ligne, a coordonné les réponses à apporter à cette agression dans le domaine judiciaire.

III. La mobilisation des Barreaux nationaux et européens

A. Portail d'assistance juridique aux Ukrainiens et Ukrainiennes fuyant la guerre

Les États membres de l'UE ont accueilli près de **4 millions de réfugiés ukrainiens**. Le CCBE a très rapidement établi une liste des points de contact pouvant être contactés par les personnes fuyant l'Ukraine et ayant besoin d'une assistance juridique, précisant les langues parlées par les avocats.

B. Activation du dispositif de la Directive relative à la protection et reconnaissance des qualifications et des diplômes ukrainiens dans l'UE

Début mars, l'Union européenne a activé le dispositif de la Directive n° 2001/55/CE [1] et octroyé aux citoyens ukrainiens fuyant la guerre une protection temporaire qui implique, entre autres, l'accès au marché du travail dans l'UE. Début avril, la Commission européenne a invité les États membres à adopter des mesures spécifiques pour la reconnaissance des qualifications des personnes fuyant l'invasion de l'Ukraine par la Russie.

Le CCBE est venu clarifier la reconnaissance des qualifications des avocats. Concernant les avocats d'un pays tiers, ce sont les États qui ont compétence pour réglementer l'accès à la profession d'avocat pour les citoyens de pays tiers. Par conséquent, les règlements de l'UE sur la reconnaissance des qualifications, la liberté de circulation et la libre prestation de services des avocats sont réservés aux citoyens de l'UE et ne peuvent donc pas être étendus aux avocats des pays tiers.

La solution réside dans le recours au **statut de consultant juridique étranger**, ce qui implique de se limiter à des conseils en droit du pays d'origine et le droit international (à l'exclusion du droit national et du droit de l'UE).

C. Ateliers et *workshops* organisés par le CCBE et la Fondation européenne des avocats

La CCBE s'est mobilisée pour décrypter et analyser le contenu des paquets de sanctions au fur et à mesure et apporter un éclairage sur les implications pour les avocats. Le CCBE et la Fondation européenne des avocats ont organisé, le 15 juin 2022, un webinaire organisé dédié aux « sanctions de l'UE et le rôle des avocats », pour donner des clefs de compréhension aux praticiens.

IV. Les salves de paquets de sanctions européennes et leur mise en œuvre effective

A. 8 paquets de sanctions

La Commission européenne a adopté un **nombre sans précédent** de sanctions pour viser l'économie russe et compromettre sa capacité à poursuivre cette agression. Ces sanctions, telles que le gel des avoirs et des comptes bancaires, en réponse à la violation flagrante du droit international par la Russie s'adressent à un nombre croissant d'individus, d'entreprises et d'organisations russes et biélorusses.

Dès le mois de mars 2022, la Commission a mis en place **la *task-force « Freeze and seize »*** (gel et saisie). Parallèlement, le CCBE a créé son propre ***pool* d'experts** pour suivre les problématiques soulevées afin d'analyser les textes et entrer dans un dialogue avec la Commission visant à obtenir des éclaircissements quant à la mise en œuvre des dispositions.

B. Focus sur le 8ème paquet de sanctions et interdiction des conseils juridiques

Le 8ème paquet, adopté le 6 octobre 2022 [2], comprend l'interdiction de « fournir, directement ou indirectement, des services […] de conseil juridique […] : a) au gouvernement russe ; ou b) à des personnes morales, des entités ou des organismes établis en Russie » [3].

Cette interdiction ne s'applique pas « aux prestations de services qui sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'une procédure judiciaire et du droit à un recours effectif » [4].

Les Barreaux de Paris et de Bruxelles ont annoncé qu'ils allaient initier un recours contre la disposition qui crée une interdiction de prester des services juridiques ; notamment sur le fondement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial), qui prévoit que « toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter ».

C . Assurer l'effectivité des sanctions prononcées par l'UE contre la Russie dans un contexte d'hétérogénéité des politiques nationales

La violation des sanctions de l'Union à l'encontre de la Russie constitue une infraction pénale dans 50 % des États membres. Les pays ont des définitions différentes de ce qui est constitutif d'une violation des mesures restrictives et prévoient une gradation de sanctions administratives et pénales plus ou moins sévères.

Il pourrait en résulter différents degrés d'application des sanctions et un risque de contournement de ces mesures, pouvant permettre aux personnes sanctionnées de continuer à accéder à leurs avoirs et à soutenir des régimes visés par les mesures de l'UE.

1. Nouvel eurocrime (base juridique préalable nécessaire)

Le Conseil a adopté, le 28 novembre 2022, à l'unanimité, une décision visant à ajouter la violation des mesures restrictives à la liste des infractions pénales de l'UE figurant à l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) N° Lexbase : L2735IPY, afin d'y inscrire les violations des sanctions adoptées par l'UE.

En vertu de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, le Parlement et le Conseil peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière. Les domaines de criminalité énumérés dans cet article sont le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

L'inclusion de la violation des mesures restrictives dans la liste des infractions pénales prévues par la législation de l'UE est la première de deux étapes visant à garantir un degré similaire d'exécution des sanctions dans l'ensemble de l'UE et à dissuader les tentatives de contournement ou de violation des mesures prises par l'UE.

L'Union peut dès lors travailler à l'adoption d'une définition pénale commune de ces violations, ouvrant la voie à d'éventuelles futures décisions de **confiscation**.

2. Harmonisation des sanctions

La Commission européenne a présenté, le 2 décembre 2022, une **proposition de Directive** contenant des règles d'harmonisation minimale relatives à la définition des infractions pénales, types et degrés de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives en cas de violation des mesures restrictives de l'UE. À l'avenir, elles seront qualifiées d'infractions pénales et punies comme telles de manière comparable sur l'ensemble du territoire souverain de l'UE.

Ce projet de Directive doit maintenant être examiné et adopté par le Conseil de l'UE et le Parlement européen.

3. Recouvrement et confiscation d'avoirs

La Commission cherche également à moderniser les règles de l'UE en matière de recouvrement d'avoirs et à faire en sorte que les criminels soient privés de leurs gains illégaux. Elle propose de créer une nouvelle structure pour gérer les avoirs publics russes gelés et immobilisés, les investir et utiliser les recettes pour l'Ukraine.

D. Extension de la compétence du Parquet européen aux violations des mesures restrictives prises par l'UE

Sans condamnations efficaces en cas de violations, les sanctions contre la Russie perdent leur efficacité. Le Parquet européen pourrait donc prendre le relais, ainsi que le demandent les ministres de la Justice de France et d'Allemagne.

La Délégation des Barreaux de France continuera à suivre les prochains développements. Nous organiserons, le 14 avril 2023, à Bruxelles, une conférence consacrée au « Parquet européen, quel bilan depuis sa mise en place ? ».

---

[1] Directive n° 2001/55, du 20 juillet 2001, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil **N° Lexbase : L7283MGT**.

[2] Règlement (UE) n° 2022/1904, du 6 octobre 2022, modifiant le Règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine **N° Lexbase : L5642MEP**.

[3] Règlement (UE) n° 2022/1904, du 6 octobre 2022, préc., art. 1 er, 12).

[4] Règlement (UE) n° 2022/1904, du 6 octobre 2022, préc., art. 1 er, 12).

[Actes de colloques] Le droit de l'Union face à la guerre : le nouveau cadre des mesures restrictives

N4440BZH



par Stéphane de La Rosa, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil, directeur du MIL, Chaire Jean Monnet
Le 27 Février 2023

Cet article est issu de la conférence sur « Le droit des affaires et les conflits armés », organisée par l'association Droit et Commerce le 12 décembre 2022 au tribunal de commerce de Paris, sous la présidence de Monsieur Paul-Louis Netter et du Bâtonnier Marc Ringlé, Président de l'association.

L'invasion russe déclenchée le 24 février 2022 est un fait majeur qui bouleverse le sens de l'Histoire et établit de nouveaux équilibres géopolitiques. Il est certain qu'elle laissera des traces profondes en Europe et, par voie de conséquence, sur le contenu même du droit européen.

À l'échelle du droit de l'Union européenne (UE) – qui concentrera ici notre propos –, le conflit a produit de nombreux bouleversements, quasi tectoniques : neuf paquets de sanctions ont été adoptés depuis le 24 février 2022 (le dernier remonte au 16 décembre 2022, un dixième paquet de sanctions est en discussion en février 2023), couvrant un peu plus de 1 400 sanctions individuelles prises à l'échelle européenne uniquement pour la Russie – d'autres sanctions concernent également la Biélorussie ou encore l'Iran.

La finalité de ces sanctions – assécher les moyens de financements, affaiblir les circuits économiques qui soutiennent la guerre et, plus largement, utiliser l'arme économique comme levier pour faire cesser le conflit – n'est pas discutable. Dans ce temps fort de l'Histoire, il est indispensable que l'Union et ses États membres soient en cohérence avec les valeurs proclamées à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne **N° Lexbase : L8419IN7** : « [le] respect de la dignité humaine, [la] liberté, [la] démocratie, [l'] égalité, l'État de droit, ainsi que [le] respect des droits de l'homme (…) ». Ces mots ne relèvent ni du symbole, ni de la proclamation, ils doivent être rendus tangibles et effectifs en actes et en politiques.

Les mesures restrictives, qui prennent la forme de gel de fonds, d'embargo ou encore de l'interdiction de l'admission de ressortissants d'États tiers, sont ici un levier majeur. Elles se singularisent par leur ampleur, tant sous l'angle de leur champ d'application personnel (de nombreuses personnes physiques ou morales sont concernées) que par leur champ matériel (de nombreux secteurs d'activités économiques – transport, assurances, énergie – sont couverts par les mesures restrictives). Cette amplitude est bien la marque de nouveauté, de singularité du nouveau paquet de sanctions [1].

En revanche – et il faut le souligner d'emblée –, le cadre juridique qui sous-tend ces sanctions n'est pas totalement nouveau. En effet, l'édifice normatif d'ensemble des sanctions est désormais bien établi en droit de l'Union et remonte, pour l'essentiel, aux mesures *post* 11 septembre. À l'époque, l'Union avait adopté, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international, le Règlement n° 2580/2001 [2], qui établissait une liste de gel de fonds pour les personnes appartenant ou finançant des réseaux terroristes. Il s'agissait alors de sanctions alignées sur celles prises par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (ONU), dans le cadre du chapitre VII de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Sans pour autant qu'il y ait de nouveau régime juridique, les conflits les plus récents – l'Ukraine, mais également la guerre en Syrie ou encore la Libye – se caractérisent par une autonomisation des sanctions : dans un contexte de blocage total des instances multilatérales, il n'y a plus de fondement « onusien » aux sanctions, et il s'agit pour l'essentiel de mesures restrictives prises par l'UE, les États-Unis ou encore le Canada. C'est également une nuance sémantique qui a son sens : le terme de « sanctions » est retenu pour les mesures prises à l'échelle de l'ONU, tandis que celui de « mesures restrictives » s'applique pour l'Union européenne.

Plus spécifiquement sur la guerre en Ukraine, il faut mettre en avant la rapidité des sanctions prises : dès le 23 février 2022, soit concomitamment à l'invasion, la Décision n° 2022/266 [3] a établi des mesures restrictives en réponse à la reconnaissance des zones des *oblasts* ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement. Cette rapidité s'explique par le fait que, pour ce qui concerne l'Ukraine, le cadre des sanctions était déjà en place depuis 2014 consécutivement à l'annexion, illégale, de la Crimée par la Russie.

Pour présenter le cadre de ces sanctions, dans un volume contraint, et sans empiéter sur les problématiques contentieuses et sur les conséquences sur le terrain de l'exécution des contrats [4], trois mises en perspectives doivent être retenues : leur agencement normatif **(I)**, la typologie des sanctions **(II)** ainsi que les difficultés et les enjeux de mise en œuvre **(III)**.

I. L'agencement normatif des mesures restrictives

Le cadre normatif des mesures restrictives peut, à première vue, paraître complexe et difficilement accessible. Pour le présenter, il faut l'envisager avec deux ensembles de combinaisons ou d'associations d'actes [5].

A. L'articulation entre les décisions « PESC » et les Règlements européens

Les mesures restrictives reposent sur l'articulation entre les décisions relevant de la Politique étrangère et de sécurité commune (mesures dites PESC) et les Règlements (au sens de Règlements européens, définis par l'article 288 du TFUE N° Lexbase : L2604IP7) qui traduisent les décisions dans l'ordre juridique de l'Union et dans celui des États membres.

D'un côté, les décisions PESC reposent sur l'article 29 du TUE N° Lexbase : L2129IPK et fixent la position d'ensemble de l'Union par rapport à un conflit, incluant les interdictions de séjour, de transit ou encore le gel des avoirs.

D'un autre côté, les Règlements ont pour base juridique l'article 215 TFUE N° Lexbase : L2524IP8, qui prévoit la compétence du Conseil pour prendre des mesures en cas d'interruption ou de réduction de tout ou partie des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers.

Cette coexistence des actes s'explique par la spécificité de l'ordre juridique de l'Union. Lorsque le Conseil de l'Union adopte une décision instaurant des mesures restrictives dans le cadre de la PESC, il lui appartient de prendre ensuite les dispositions nécessaires à sa mise en œuvre par un vote à la majorité qualifiée, sur proposition conjointe du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et de la Commission [6]. L'adoption d'un Règlement permet de rattacher des mesures restrictives à un champ de compétence (notamment la liberté de circulation des capitaux et le marché intérieur) et de les associer au régime juridique du Règlement, qui, rappelons-le, est d'applicabilité directe et d'effet direct, tant dans les relations verticales (les opérateurs économiques par rapport à la puissance publique) que dans les rapports horizontaux (entre les opérateurs entre eux). Pour le juge interne, c'est bien le Règlement qui sert de socle aux mesures restrictives.

En considérant cette combinaison d'actes, quatre grandes « catégories » de mesures restrictives ont été prises, elles sont recensées ci-dessous.

D'abord, des mesures prises dès l'annexion illégale la Crimée et qui visent « certaines personnes responsables d'actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine ». Ces mesures reposent sur le « couple » de normes suivant : la Décision n° 2014/145 [7] et le Règlement n° 269/2014 [8]. C'est le cadre normatif le plus significatif et celui qui a le plus évolué, dans la mesure où il couvre :

- les personnes physiques responsables d'actions ou de politiques qui compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, ou la stabilité ou la sécurité de l'Ukraine, ou qui font obstruction à l'action d'organisations internationales en Ukraine, les personnes physiques qui soutiennent ou mettent en œuvre de telles actions ou politiques ;
- les personnes morales, entités ou organismes qui apportent un soutien matériel ou financier à des actions qui compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine ;
- les personnes morales, entités ou organismes de Crimée ou de Sébastopol dont la propriété a été transférée en violation du droit ukrainien, ou les personnes morales, entités ou organismes qui ont bénéficié d'un tel transfert ;
- les personnes physiques ou morales, entité ou organismes qui apportent un soutien matériel ou financier aux décideurs russes responsables de l'annexion de la Crimée ou de la déstabilisation de l'Ukraine, ou qui tirent avantage de ces décideurs ;
- les personnes physiques ou morales, entités ou organismes qui réalisent des transactions avec les groupes séparatistes dans la région du Donbass en Ukraine ;
- les personnes physiques ou morales, les entités ou organismes qui apportent un soutien matériel ou financier au gouvernement de la Fédération de Russie, qui est responsable de l'annexion de la Crimée et de la déstabilisation de l'Ukraine, ou qui tirent avantage de ce gouvernement ; ou
- les femmes et hommes d'affaires influents, les personnes morales, les entités ou organismes ayant une activité dans des secteurs économiques qui fournissent une source substantielle de revenus au gouvernement de la Fédération de Russie, qui est responsable de l'annexion de la Crimée et de la déstabilisation de l'Ukraine ; ou
- les personnes physiques ou morales, les entités ou les organismes qui facilitent les violations de l'interdiction de contournement des dispositions du présent Règlement, des Règlements n° 692/2014 [9], n° 833/2014 [10] ou n° 2022/263 [11], ou des Décisions n° 2014/145 [12], n° 2014/386 [13], n° 2014/512 [14] , ou n° 2022/266 [15].

Ensuite, des mesures portent sur des interdictions d'importations et d'exportations de certains biens, mais également sur l'impossibilité d'exercer certaines activités. Ces mesures sont couvertes par le couple de décisions suivant : la Décision n° 2014/512 [16] et le Règlement n° 833/2014 [17]. Des transactions plus générales sont interdites, par exemple les fameux biens à double usage, pouvant être utilisés à des fins civiles comme militaires [18].

Des sanctions ciblées visent également certaines personnes identifiées comme étant responsables du détournement de fonds appartenant à l'État ukrainien, et des personnes responsables de violations des droits de l'homme en Ukraine, ainsi que des personnes physiques ou morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés, en vue de renforcer et de soutenir l'État de droit et le respect des droits de l'homme en Ukraine. Ce régime est issu de la combinaison de la Décision n° 2014/119 [19] et du Règlement n° 208/2014 [20].

Enfin, des mesures propres aux *oblasts* ukrainiens de Donetsk et Louhansk reposent cette fois sur la combinaison de la Décision n° 2022/266 [21] et du Règlement n° 2022/263 [22], qui interdit toute forme d'importation et d'exportation de marchandises, quelles qu'elles soient, à destination ou pour origine ces territoires, les marchandises devant être impérativement bloquées.

B. L'articulation entre les Règlements de base et les Règlements d'exécution

Pour bien comprendre le régime des sanctions, une seconde combinaison de normes doit être considérée entre, d'un côté, les Règlements dits « de base » ou « socle » et, d'un autre côté, les Règlements dits « d'exécution ».

Cette distinction s'explique par le fait qu'il existe, en droit européen, une hiérarchie au sein du droit dérivé, le Règlement de base étant adopté suivant une procédure législative spéciale (par le Conseil seul, car il s'agit d'un champ relevant de la PESC, à la majorité qualifiée) et le Règlement d'exécution étant adopté par la Commission, dans le cadre d'une habilitation.

Les Règlements de base sont pour l'essentiel inchangés depuis 2014 et l'annexion illégale de la Crimée par la Russie. En revanche, il sont très significativement étendus par l'adoption de Règlements d'exécution par la Commission : concrètement, lorsqu'il est dit qu' « un nouveau paquet de sanctions » est adopté, celui-ci prend la forme d'un Règlement d'exécution rapidement adopté par la Commission.

Pour le praticien, le juge, ou encore une entreprise qui a des activités susceptibles d'entrer dans le champ des sanctions, cette forme de construction des sanctions nécessite de se référer aux Règlements dits consolidés. À titre d'exemple, l'institution d'un prix plafond pour les transactions sur les barils de pétrole relève du Règlement d'exécution n° 2022/2368 [23], qui modifie le Règlement n° 833/2014 [24].

II. La typologie des mesures restrictives

Les sanctions reposent sur une distinction assez simple : d'un côté les sanctions dites individuelles et d'un autre côté les mesures restrictives plus générales.

A. Les sanctions individuelles

Elles sont essentiellement prévues par le Règlement n° 269/2014 [25]. Leur mise en œuvre est précisée par les lignes directrices du 4 mai 2018 du Conseil de l'UE et, en France, par les lignes directrices de la Direction générale du Trésor.

Ainsi que l'indique leur intitulé, il s'agit de sanctions qui concernent des personnes physiques ou morales identifiées formellement dans les annexes du Règlement et, de manière plus complexe, des entités qui sont contrôlées par ces mêmes personnes, qui sont « en possession de plus de 50 % des droits de propriété d'une entité ou [détiennent] une participation majoritaire en son sein ». Ce périmètre est ici complexe et rejoint la notion de contrôle au sens du droit des sociétés. Il s'agit d'un point de vigilance pour le suivi des transactions, eu égard au fait qu'une filiale ou une sous-filiale d'une entité sous sanctions peut également entrer dans le champ des mesures restrictives.

Sur le fond, ces sanctions reposent sur une définition autonome et uniforme des principales notions, qui ont la même signification quel que soit le régime des sanctions, tel est par exemple le cas :

- de la notion de « gel » : « toute action visant à empêcher tout mouvement, transfert, modification, utilisation ou manipulation de fonds qui aurait pour conséquence un changement de leur volume, de leur montant, de leur localisation, de leur propriété, de leur possession, de leur nature ou de leur destination » ;
- de celle de « fonds » : actifs financiers et avantages de toute nature, au sens le plus large (numéraire, dépôts, titre de propriété, intérêts, crédits, instruments de paiements, soldes de compte, actions, obligations, certificats de valeur mobilière, intérêts, dividendes, contrats de vente...) ;
- ou encore de celle de « ressources économiques » qui, quant à elles, correspondent aux « avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, qui ne sont pas des fonds, mais qui peuvent être utilisés pour obtenir des fonds, des biens ou des services ». Sont visés non seulement les fonds et ressources économiques dont les personnes ciblées sont propriétaires, mais, plus largement, ceux qu'elles « possèdent, détiennent ou contrôlent » [26].

La jurisprudence du Tribunal et celle de la Cour de justice de l'UE insistent sur l'acception large de ces interdictions,

qui se justifie par la recherche de l'effet utile des mesures restrictives. Cette acception, présente dans le contentieux des sanctions adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme [27], a été reprise dans le contentieux des mesures restrictives au sujet de l'Ukraine [28].

Ces prescriptions s'accompagnent d'interdictions. Il est interdit de mettre des fonds ou des ressources économiques à disposition des personnes ciblées ou d'en « [dégager] à leur profit » et de « participer sciemment et volontairement à des activités ayant pour objet ou pour effet de contourner » les mesures de gel. La Cour de justice de l'Union a confirmé le caractère distinct de ces deux interdictions : la seconde concerne les actions qui, « sous le couvert d'une apparence formelle les faisant échapper aux éléments constitutifs » de l'interdiction de mise à disposition, « ont néanmoins, comme telles ou en raison de leur lien éventuel avec d'autres activités, pour but ou pour résultat, direct ou indirect », de faire délibérément échec à cette interdiction [29].

B. Les mesures restrictives à caractère général

Au-delà des sanctions visant des personnes physiques et morales, la guerre en Ukraine a incontestablement favorisé un élargissement des mesures dans le sens de la prohibition, plus générale, de certaines activités ou de certains secteurs de l'économie. Ces mesures générales relèvent du champ du Règlement n° 833/2014 [30], qui concerne des sanctions visant des secteurs jugés essentiels et stratégiques pour l'économie russe. Ce cadre normatif sert de support pour l'adoption des sanctions très significatives et très évolutives : les marchés primaires et secondaires des capitaux, l'importation de pétrole, le secteur des assurances, les biens à double usage, l'exclusion des banques du système SWIFT, l'interdiction d'accès aux ports et aéroports, voire, plus récemment, l'exclusion de la prestation de services juridiques. Cette exclusion peut nourrir des contentieux.

Un cas contentieux intéressant peut être trouvé dans l'affaire *Russian Today*, la première à porter sur l'interdiction générale d'une activité (en l'occurrence l'interdiction de la diffusion de chaîne pro Kremlin, *Russia Today*) [31]. Le Tribunal y souligne que « le Conseil dispose d'une grande latitude aux fins de définir l'objet des mesures restrictives que l'Union adopte dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité. Ainsi, il ne saurait être reproché au Conseil d'avoir considéré que, face à la crise internationale provoquée par l'agression de l'Ukraine par la Fédération de Russie, parmi les mesures utiles pour réagir à la grave menace contre la paix aux frontières de l'Union et à la violation du droit international, pouvait également figurer l'interdiction temporaire de la diffusion de contenus de certains médias, appartenant, notamment, au groupe de chaînes RT (ci-après le « groupe RT »), financé par le budget de l'État russe, au motif qu'ils soutiendraient ladite agression par des actions telles que celles mentionnées au considérant 7 de la décision attaquée » [32].

Par ailleurs, le Tribunal insiste sur une forme de légalité dérogatoire, liée au caractère exceptionnel des mesures prises. Il en résulte la mise à l'écart, à juste titre selon nous, de l'argument tiré de l'atteinte à la liberté d'expression : « le droit des médias et, plus particulièrement, des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général est protégé à condition qu'ils agissent de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournissent des informations "fiables et précises" dans le respect de l'éthique journalistique ou, en d'autres termes, dans le respect des principes d'un journalisme responsable » [33].

Cette affaire, qui fait actuellement l'objet d'un recours, illustre la volonté du juge européen d'admettre une légalité « adaptée » eu égard au caractère exceptionnel de la guerre en Ukraine. Il en résulte notamment un contrôle de proportionnalité de la mesure restrictive bien moins développé que dans un contentieux plus usuel. Il conviendra de voir si cette posture d'appréciation contextuelle et exceptionnelle de légalité est propre à l'espèce ou si elle augure de la position du juge sur le contrôle de légalité des mesures restrictives à caractère général.

III. Les aléas de la mise en œuvre

L'édifice normatif des sanctions implique un respect et une mise en œuvre dans l'ensemble des États. Sans aborder les aspects contentieux et contractuels, deux points de vigilance peuvent être soulevés.

A. Le renvoi au droit interne et la nécessité d'un relais

Une première contrainte tient à la nécessité d'un relais national pour mettre en œuvre et rendre effectives les sanctions. En France, l'autorité nationale compétente de référence est la Direction générale du Trésor : elle tient le registre des sanctions. Sa compétence s'exerce en lien avec deux fondements juridiques internes. D'une part, l'article 459, 1 bis du Code des douanes **N° Lexbase : L6202LYD**, tel qu'il a été modifié par l'ordonnance n° 2020-1342, du 4 novembre 2020, renforçant le dispositif de gel des avoirs et d'interdiction de mise à disposition **N° Lexbase : L6106LYS** (ordonnance elle-même issue de la loi « Pacte »).

Suivant cette disposition, « le fait, pour toute personne, de contrevenir ou de tenter de contrevenir aux mesures de restriction des relations économiques et financières prévues par la réglementation communautaire prise en application des articles 75 **N° Lexbase : L2726IPN** ou 215 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou par les traités et accords internationaux régulièrement approuvés et ratifiés par la France » est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, de la confiscation du corps du délit, de la confiscation des moyens de transport utilisés pour la fraude, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende égale au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction.

En outre, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) est compétence pour contrôler le respect de la mise en œuvre des obligations à travers le dispositif national de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LBC/FT), régi par les articles L. 561-36-1 et suivants du Code monétaire et financier **N° Lexbase : L0688LWE**. Suivant cette disposition, cette autorité « dispose en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, sur les personnes mentionnées du 1° au 7° bis de l'article L. 561-2 **N° Lexbase : L4816LBY** et sur les entreprises mères de groupe mentionnées à l'article L. 561-33 **N° Lexbase : L0686LWC** pour les obligations qui leur incombent, à l'exclusion des personnes mentionnées au 5° ainsi que de celles relevant du contrôle de l'Autorité des marchés financiers en application du 2° du I de l'article L. 561-36 **N° Lexbase : L7301LBZ**, du pouvoir de contrôle sur pièces et sur place défini à la section 5 du chapitre II du titre Ier du livre VI ».

Ce contrôle entraîne des conséquences pratiques importantes pour l'ensemble des professionnels assujettis au dispositif LBC/FT [34]. Ceux-ci doivent, en plus des obligations qui leur étaient déjà faites en vue de la détection des opérations de blanchiment de capitaux, mettre en place également « une organisation et des procédures internes » devant « permettre l'application sans délai des mesures de gel et d'interdiction de mise à disposition » décidées à l'échelon tant national qu'européen.

Formellement, l'organisation et les procédures exigées sont les mêmes que celles qui doivent être mises en place dans le cadre de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme : il s'agit principalement de contrôles internes permanents et périodiques, dont les modalités sont précisées par arrêtés ministériels pour les différents groupes de professions concernées [35].

Comme le souligne l'ACPR, l'« approche par les risques » en vigueur en matière de lutte contre le blanchiment, qui consiste à imposer aux opérateurs des mesures de vigilance à partir d'une évaluation des différentes catégories de risques auxquels leurs activités les exposent, n'a pas cours dans le cadre du gel des avoirs. En la matière, les opérateurs sont soumis à une véritable « obligation de résultat » : ils doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour empêcher les personnes ciblées de disposer de leurs fonds ou d'utiliser des ressources économiques aux fins d'obtenir des fonds, des biens ou des services, sous peine de sanctions.

B. Les risques de contradiction normative et l'extraterritorialité

En l'état du droit positif, l'édifice des sanctions prises par l'Union repose sur une cohérence avec celles prises par d'autres États, au premier rang desquels se trouvent les États-Unis et le Canada. Par exemple, les différents Règlements européens sont assez largement alignés sur le *Ukraine Freedom Support Act of 2014* (UFSA) et sur

le *Sovereignty, Integrity, Democracy, and Economic Stability of Ukraine Act*

Or, il n'est pas exclu que cet alignement soit remis en cause, par exemple si les États-Unis venaient à renforcer les sanctions déjà substantielles, là où les européens souhaiteraient les assouplir, par exemple pour faciliter l'issue du conflit.

Dans ce cas de figure, une problématique d'extraterritorialité pourrait se poser : en vertu de la loi américaine, les entreprises exerçant une activité prohibée par les sanctions américaines, mais non européennes, seraient passibles de sanctions dites secondaires, même si ces sanctions sont constitutives d'une violation de la compétence étatique au sens du droit international public. Or, il existe en droit européen un Règlement dit « Anti-blocage » [36] – assez ancien – qui impose de ne pas donner d'effets aux mesures secondaires [37].

Quel serait l'effet de ce blocage ? Saisie pour la première fois sur la portée du Règlement n° 2271/96, la Cour, dans un arrêt *Bank Meli Iran* [38], a considéré qu'il est nécessaire de mettre en balance, dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la limitation apportée à la liberté d'entreprise (en l'occurrence l'entreprise *Deutsch Telekom*), la poursuite des objectifs du Règlement (servie par l'annulation de la résiliation contractuelle) et la probabilité que l'entreprise soit exposée à des pertes économiques. Aussi, il revient de ne pas donner effet aux sanctions secondaires (par exemple sous la forme d'une résiliation unilatérale voire d'un non-renouvellement de contrat), pour autant que cela ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne crée pas de risques disproportionnés.

Pour conclure sur ce bref panorama des mesures restrictives, il apparaît que tant le nombre que le contenu de celles-ci bouleversent de nombreuses relations économiques et commerciales. Cette altération peut donner lieu à des appréciations contrastées : d'un côté, ces mesures répondent à la nécessité évidente et à l'impératif moral de cesser des relations d'affaires avec des entités compromises dans des crimes de guerre et à des agissements barbares que l'on croyait appartenir au passé, d'un autre côté, le caractère très général des sanctions (eu égard à la diversité des secteurs d'activités couverts) et l'extension régulière de leur champ d'application personnel, peuvent apparaître comme étant disproportionnés et comme des atteintes à des principes solidement établis tels que la liberté contractuelle ou encore la liberté d'entreprendre.

Eu égard aux circonstances exceptionnelles et à la gravité du conflit ukrainien, la recherche d'une approche équilibrée et d'une mise en balance passe inévitablement au second plan. La formule retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Rosneft*, rendu en Grande chambre, est à ce titre illustrative d'une approche consistant à mettre en retrait certains principes qui sous-tendent l'examen de la légalité des mesures au profit de la recherche de l'efficacité maximale des sanctions ; en effet, « l'importance des objectifs poursuivis par les mesures restrictives, à savoir la protection de l'intégrité territoriale, de la souveraineté et de l'indépendance de l'Ukraine ainsi que la promotion d'un règlement pacifique de la crise dans ce pays, l'objectif plus large du maintien de la paix et de la sécurité internationale, conformément aux objectifs de l'action extérieure de l'Union énoncés à l'article 21 TUE, est de nature à justifier des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs. Dans ces conditions, et eu égard, notamment, à l'évolution progressive de l'intensité des mesures restrictives adoptées par le Conseil en réaction à la crise en Ukraine, l'ingérence dans la liberté d'entreprise et le droit de propriété de Rosneft ne saurait être considérée comme disproportionnée » [39].

---

[1] V. la présentation d'ensemble de V. Kami Haeri , *Mesures restrictives de l'Union européenne à l'encontre de la Russie : l'émergence d'un droit européen des sanctions économique*, L'Observateur de Bruxelles, n° 129, p. 8.
[2] Règlement (CE) n° 2580/2001, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme **N° Lexbase : L9920MGI**.
[3] Décision (PESC) n° 2022/266 du Conseil, du 23 février 2022, concernant des mesures restrictives en réponse à la reconnaissance des zones des *oblasts* ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et à l'ordre donné aux forces armées russes d'entrer dans ces zones [en ligne].
[4] V. les autres contributions du présent dossier.

[5] Sur la structure d'ensemble des sanctions, v. Etienne Muller, *Aspects sectoriels, Les avoirs*, RFDA, 2022, p. 629.
[6] TFUE, art. 215 N° Lexbase : L2524IP8.
[7] Décision (PESC) n° 2014/145 du Conseil, du 17 mars 2014, concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine [en ligne].
[8] Règlement (UE) n° 269/2014, du 17 mars 2014, concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine N° Lexbase : L8332IZM.
[9] Règlement (UE) n° 692/2014, du 23 juin 2014, concernant des restrictions sur l'importation, dans l'Union, de marchandises originaires de Crimée ou de Sébastopol, en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol N° Lexbase : L5679I3Q.
[10] Règlement (UE) n° 833/2014, du 31 juillet 2014, concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine N° Lexbase : L8557I3C
[11] Règlement (UE) n° 2022/263, du 23 février 2022, concernant des mesures restrictives en réaction à la reconnaissance des zones des *oblasts* ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et à l'ordre donné aux forces armées russes d'entrer dans ces zones N° Lexbase : L5683MB4.
[12] Décision (PESC) n° 2014/145 du Conseil, du 17 mars 2014, préc.
[13] Décision (PESC) n° 2014/386 du Conseil, du 23 juin 2014, concernant des restrictions sur des marchandises originaires de Crimée ou de Sébastopol, en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol [en ligne].
[14] Décision (PESC) n° 2014/512 du Conseil, du 31 juillet 2014, concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine [en ligne].
[15] Décision (PESC) n° 2022/266 du Conseil, du 23 février 2022, préc.
[16] Décision (PESC) n° 2014/512 du Conseil, du 31 juillet 2014, préc.
[17] Règlement (UE) n° 833/2014, du 31 juillet 2014, préc.
[18] Règlement (UE) n° 833/2014, du 31 juillet 2014, préc.
[19] Décision (PESC) n° 2014/119 du Conseil, du 5 mars 2014, concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes, de certaines entités et de certains organismes au regard de la situation en Ukraine [en ligne].
[20] Règlement (UE) n° 208/2014, du 5 mars 2014 concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes, de certaines entités et de certains organismes eu égard à la situation en Ukraine N° Lexbase : L6065IZN.
[21] Décision (PESC) n° 2022/266 du Conseil, du 23 février 2022, préc.
[22] Règlement (UE) n° 2022/263, du 23 février 2022, préc.
[23] Règlement d'exécution (UE) n° 2022/2368, du 3 décembre 2022, modifiant le Règlement (UE) n° 833/2016 du Conseil concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine N° Lexbase : L0493MGD.
[24] Règlement (UE) n° 833/2014, du 31 juillet 2014, préc.
[25] Règlement (UE) n° 269/2014, du 17 mars 2014, préc.
[26] Ces définitions sont communes dans l'ensemble des Règlements qui établissent les sanctions.
[27] CJCE, 3 septembre 2008, aff. C-402/05 et C-415/05, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation, point 166 N° Lexbase : A0920EAC.
[28] Trib. UE, 21 février 2018, aff. T-731/15, Sergiy Kluyev c/ Conseil, point 105 N° Lexbase : A0567XEQ : « [le régime des mesures restrictives] s'inscrit dans le cadre plus général d'une politique de l'Union de soutien aux autorités ukrainiennes destinée à favoriser la stabilisation politique de l'Ukraine. Elle répond ainsi aux objectifs de la PESC, qui sont définis, notamment, à l'article 21, paragraphe 2, sous b), TUE, en vertu duquel l'Union met en œuvre une coopération internationale en vue de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et les principes du droit international ».
[29] CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-72/11, Moshen Afrasiabi *,* point 68 *N° Lexbase : A6913H8K* (à propos des dispositions similaires du Règlement n° 423/2007, du 17 avril 2007, concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran).
[30] Règlement (UE) n° 833/2014, du 31 juillet 2014, préc.
[31] Trib. UE, 27 juillet 2022, aff. T-125/22, RT France c/ Conseil de l'Union européenne N° Lexbase : A00218D7*.*
[32] Trib. UE, 27 juillet 2022, aff. T-125/22, RT France c/ Conseil de l'Union européenne *,* préc., point 52
[33] Trib. UE, 27 juillet 2022, aff. T-125/22, RT France c/ Conseil de l'Union européenne, préc., point 136.
[34] Selon l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier N° Lexbase : L6749LBL, il s'agit notamment des courtiers d'assurances, des établissement de crédits, des mutuelles, des fonds de retraites, des personnes qui négocient des

œuvres d'art, des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, des notaires, ou encore des commissaires-priseurs et des opérateurs de vente.

[35] V. E. Muller, *Aspects sectoriels, Les avoirs*, RFDA, 2022, p. 629, *op. cit*.

[36] Règlement (CE) n° 2271/96, du 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant **N° Lexbase : L5068AUA**.

[37] Or, aux termes de l'article 5, § 1 du Règlement (CE) n° 2271/96 préc., les personnes physiques ou morales ainsi visées sont tenues de ne pas se conformer « directement ou par filiale ou intermédiaire interposé, activement ou par omission délibérée, aux prescriptions ou interdictions, y compris les sommations de juridictions étrangères, fondées directement ou indirectement sur les lois citées en annexe [du Règlement de blocage] ou sur les actions fondées sur elles ou en découlant ». Ce texte entend donc contrecarrer la portée extraterritoriale que les textes américains entendent assigner à leurs programmes de sanctions économiques

[38] CJUE, 21 décembre 2021, aff. C-124/20, Bank Meli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH **N° Lexbase : A00167H3**. Ce faisant, la Cour impose à l'évidence une preuve négative aux opérateurs européens souhaitant mettre un terme à leurs relations contractuelles avec des entités listées SDN, exigence à laquelle il ne sera pas aisé de satisfaire en pratique. Il appartient aux juges d'évaluer que la nullité de la résiliation ou du non-renouvellement « n'entraîne pas des effets disproportionnés » pour l'opérateur européen, en particulier les « pertes économiques » auquel il pourrait être exposé. Pour un commentaire de cet arrêt, v. M. Audit et M. Fekl, *Sanctions extraterritoriales : l'incidence contractuelle du règlement de blocage*, Recueil Dalloz, 2022, 21, p. 1076.

[39] CJUE, 28 mars 2017, aff. C-72/15, PJSC Rosneft Oil Company, point 150 **N° Lexbase : A5743UMN**.

[Actes de colloques] L’impact des conflits sur les contrats en cours

N4249BZE



par Louis Thibierge, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l’Université d’Aix-Marseille, Membre du Centre de Droit Économique (EA4224) et Avocat au Barreau de Paris
Le 28 Février 2023

Cet article est issu de la conférence sur « Le droit des affaires et les conflits armés », organisée par l'association Droit et Commerce le 12 décembre 2022 au tribunal de commerce de Paris, sous la présidence de Monsieur Paul-Louis Netter et du Bâtonnier Marc Ringlé, Président de l'association.

Dire que les dernières années ont soumis les contrats à rude épreuve relève de la litote. Où que l’on tourne le regard, les vents contraires éprouvent les contrats : Covid-19, guerre en Ukraine, embargo, sanctions internationales, inflation, flambée du prix de l’énergie, hausse des taux d’intérêts, sans même parler de la modification de certains modèles économiques. Autant de crises qui frappent de plein fouet les contrats en cours.

Lorsque le vent mauvais se lève, le contrat se trouve souvent bien démuni. Sauf pour les parties à avoir anticipé l’imprévu, en stipulant quelques clauses lui octroyant de la flexibilité, ne restent à nos cocontractants que deux remèdes, issus de la théorie générale des contrats : la force majeure (**I**) et l’imprévision (**II**).

Ces deux techniques, qui semblent cousines, mais dont la philosophie ne saurait être plus opposée, permettent-elles au contrat de faire face à la crise ? C’est ce que nous nous proposons de vérifier.

I. La force majeure

A. Ce qu’est la force majeure

Ancien droit. La définition de la force majeure fait partie de ces brocards reçus de confiance [1]. Nous avons tous appris sur les bancs de l’université qu’elle était un événement imprévisible, extérieur et irrésistible. Pourtant, cette définition ne figurait pas dans le Code civil avant l’ordonnance du 10 février 2016 [2]. Pis : elle ne correspondait pas à la définition retenue par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 14 avril 2006, l’Assemblée plénière avait défini la force majeure comme un « événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution » [3]. Exit l’extériorité… pour des raisons d’humanité, puisqu’était ici en cause un débiteur frappé par le cancer. *Stricto sensu*, la maladie n’est pas extérieure au débiteur, puisqu’elle prend siège dans son corps. Restait à la Cour un tour de passe-passe : faire disparaître l’extériorité pour admettre la force majeure.

Nouveau droit. Depuis 2016, les choses sont plus claires. L’article 1218 du Code civil N° Lexbase : L0930KZH donne une définition à la force majeure en matière contractuelle [4]. À en croire le texte nouveau, « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». On retrouve, peu ou prou, les critères du triptyque traditionnel de la force majeure : l’imprévisibilité (« qui ne pouvait être raisonnablement prévu »), l’extériorité

(« échappant au contrôle du débiteur ») et l'irrésistibilité (« dont les effets ne peuvent être évités » et qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur »). Quoique modernisées et mâtinées de droit comparé, les constantes sont là.

Explorons-les tour à tour.

Imprévisibilité. Qu'est-ce qu'un événement imprévisible ? *Stricto sensu*, un événement impossible à prévoir. Compris ainsi, le critère de l'imprévisibilité conduirait à exclure la force majeure dès lors que l'on pouvait songer à ce risque. Ni le raz-de-marée, ni l'embargo, ni l'attaque terroriste, ni l'incendie ne sont impossibles à prévoir. Du reste, l'on peut même s'assurer contre certains de ces risques, ce qui signifie bien que l'on y peut songer. Cette acception inhumaine de l'imprévisibilité heurte la vocation humaniste du droit. À raisonner ainsi, la force majeure serait réservée aux événements inédits, ceux qui ne se sont jamais produits à la surface du globe.

Telle n'est donc pas l'acception que l'on retient de l'imprévisibilité. Est imprévisible ce à quoi l'on n'a pas de raison particulière de songer en contractant. On saisit immédiatement ce qu'il peut y avoir de décevant dans cette définition. Elle bat en brèche tout fantasme d'un grimoire opposant, sur deux belles colonnes, ce qui est imprévisible et ce qui ne l'est pas. Contrairement à ce que d'aucuns ont pu professer, il n'existe aucun événement qui soit, *per se*, prévisible ou imprévisible. Tout dépend des circonstances de temps, de personnes et de lieux. Ce qui sera prévisible pour l'un ne le sera pas pour l'autre. Le risque de prise d'otages sera prévisible pour l'entreprise qui réalise des forages dans des zones sensibles, moins pour le producteur de melon de Cavaillon. Ce qui sera prévisible à un instant donné ne le sera pas à un autre.

Allons plus loin encore, au risque de tarir toute appétence pour le manichéisme. L'imprévisibilité ne porte pas uniquement sur l'événement perturbateur en soi, mais encore sur son ampleur, ses conséquences. Il est des événements dont on connaissait la potentielle survenance lors de la conclusion du contrat, mais dont il était impossible de prévoir les conséquences. Le Covid-19 en fournit un bon exemple : en avril 2020, en plein confinement, était-il prévisible que la France connaîtrait 9 ou 10 vagues de coronavirus ? Que les restaurants resteraient fermés des mois durant entre la fin 2020 et le printemps 2021 ? Que le télétravail mettrait à mal l'immobilier de bureau ? Que les séminaires d'entreprise et autres symposiums exotiques seraient supplantés par la visioconférence ? Autre exemple : au 25 février 2022, la Russie avait envahi depuis 24h l'Ukraine. À l'époque, l'on prédisait une guerre éclair. Une colonne de chars s'apprêtait à entrer dans Kiev. Qui pouvait, à l'époque, prédire les conséquences à long terme de cette guerre ? Ce qui, on l'aura compris, emporte qu'un contrat conclu après l'invasion russe n'implique pas nécessairement que toutes les conséquences induites par ce conflit soient mécaniquement prévisibles.

En un mot comme en cent et au risque de décevoir les assoiffés de sécurité juridique, l'imprévisibilité est marquée au coin de la casuistique. Sans vouloir sacrifier à un mauvais jeu de mots, elle est éminemment imprévisible [5].

Extériorité. On a dit de l'extériorité qu'elle aurait été abandonnée. Il n'en est rien. L'article 1218 du Code civil la vise quand il dit de l'événement qu'il doit échapper au contrôle du débiteur. Quant à la Cour de cassation, elle n'a jamais renoncé à ce critère essentiel et souvent mésestimé [6]. En témoigne un récent arrêt d'Assemblée plénière, particulièrement révélateur [7]. La banque iranienne Sepah avait concouru à financer le programme nucléaire ou de missiles balistiquesde l'Iran. À ce titre, elle avait été frappée d'une mesure de gel de ses avoirs par le Conseil de sécurité des Nations-Unies. En 2007, la banque Sepah est condamnée par la cour d'appel de Paris à payer certaines sommes à un créancier. Du fait du gel de ses avoirs, elle ne peut procéder au paiement avant 2016, date à laquelle le Conseil de sécurité la radie de la liste des personnes faisant l'objet d'un gel de leurs avoirs. Le créancier de la banque Sepah demande alors le paiement des sommes obtenues en 2007, assorti d'intérêts moratoires. La banque Sepah se prévaut de la force majeure pour prétendre être exonérée des intérêts de retard. De fait, le gel de ses avoirs constituait bien une impossibilité juridique d'exécution. Mais lui était-elle extérieure ? Non pas, juge la Cour : « ne constitue pas un cas de force majeure pour celle qui le subit, faute d'extériorité, le gel des avoirs d'une personne ou d'une entité qui est frappée par cette mesure en raison de ses activités ».

L'extériorité n'est pas morte. Dont acte. Mais que signifie-t-elle ? Deux choses : d'abord, et c'est le plus évident, que l'événement perturbateur ne doit pas avoir été causé par la faute (y compris de négligence) du débiteur. Les deux notions sont antinomiques [8]. Il ne peut y avoir de partage de responsabilité entre la faute et la force majeure. Dès lors que le débiteur est en faute, la force majeure est exclue. Ensuite, et c'est moins visible, que l'événement ne doit pas avoir été causé par une chose ou une personne dont le débiteur doit répondre. Ce que l'on peut appeler « la sphère de responsabilité » du débiteur, ou le « contrôle » pour prendre une terminologie plus moderne. Sont ainsi exclues du champ de la force majeure les perturbations imputables aux préposés, salariés, représentants, agents, mandataires, sous-traitants du débiteur, mais aussi aux choses que le débiteur emploie pour exécuter le contrat : machines, matériel informatique, chaînes de production… Sauf à avoir contractualisé que la force majeure pourra, par exemple, résulter d'un bris de machine ou d'un sous-traitant, le débiteur ne pourra en exciper, car il garantit son créancier contre ces perturbations.

Irrésistibilité. On touche ici le cœur de la force majeure. La force majeure, c'est l'impossibilité d'exécuter. C'est du reste ce qui la distingue d'autres figures comme l'imprévision. Il n'est pas ici question de difficulté ou d'onérosité à exécuter, mais véritablement d'impossibilité. Pour prendre un exemple historique, lorsque Nasser nationalise le canal de Suez en 1956, les navires doivent emprunter la route du Cap. Plus longue. Plus coûteuse. Mais possible. Il n'y a pas force majeure [9].

L'irrésistibilité peut, au prix de deux néologismes, se décomposer comme suit : d'une part l'inévitabilité, c'est-à-dire l'impossibilité d'obvier l'événement, de faire en sorte qu'il ne frappe pas ou frappe à côté. D'autre part, l'insurmontabilité, c'est-à-dire l'impossibilité d'exécuter ses obligations, une fois l'événement survenu. On retrouve ici l'article 1218 du Code civil : « dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées » (inévitabilité) et qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur » (insurmontabilité).

Ces deux dimensions s'apprécient, là aussi, *in concreto*, en tenant compte de toutes les circonstances de temps, de personnes et de lieux. Repensons à notre producteur de melons de Cavaillon. Imaginons qu'il ne possède qu'un seul camion et que celui-ci fasse l'objet d'un braquage. Peut-être est-il empêché de livrer. Imaginons maintenant qu'une société possédant 30 camions voie l'un d'eux disparaître dans un acte de terrorisme. Elle pourra encore exécuter. Tout est, une fois de plus, éminemment casuistique. Ce que l'un pourra obvier et surmonter, l'autre ne le pourra pas.
Aussi est-il parfaitement illusoire de prétendre que la crise sanitaire ou la guerre en Ukraine constitueraient, en soi, des cas de force majeure. La réponse varie contrat par contrat, obligation par obligation. D'où la nécessité de ne se jamais départir de la plus élémentaire prudence [10].

Ajoutons que la définition que nous avons tenté d'esquisser de la force majeure ne vaut qu'en l'absence de stipulation contraire. Il conviendra donc, avant de prétendre conclure à l'existence ou à l'absence de force majeure, de sonder le contrat. Donne-t-il une définition de la force majeure [11] ? Est-il soumis à une loi étrangère ? Relève-t-il d'une convention internationale dotée de sa propre définition [12] ?

B. Ce que n'est pas la force majeure

S'il est difficile de cerner avec précision ce qu'est la force majeure, peut-être n'est-il pas inutile de rappeler ce qu'elle n'est pas.

La force majeure n'est pas l'imprévision. La force majeure et l'imprévision sont cousines. Elles partagent deux critères : l'imprévisibilité et l'extériorité. Elles divergent néanmoins sur un point cardinal. La force majeure désigne l'impossibilité d'exécuter ; l'imprévision désigne quant à elle l'excessive onérosité à exécuter. Ce sont là deux choses bien différentes. À un contractant qui, invoquant une augmentation de ses coûts d'exécution, prétend exciper de la force majeure pour cesser de s'exécuter, il convient de répondre avec fermeté. La force majeure n'est pas l'imprévision.

La force majeure ne concerne pas les obligations de sommes d'argent. La « force majeure financière » [13]

n'existe pas. N'en déplaise à Harpagon, plaie d'argent n'est pas mortelle. Du moins pas aux yeux du droit. L'obligation de payer une somme d'argent n'est jamais – c'est une fiction juridique – impossible à exécuter. Le restaurateur dont le commerce a été fermé des mois durant n'a certes pas généré de profit durant le confinement, mais il ne peut opposer à son bailleur une impossibilité de payer le loyer. Comme le disait le doyen Carbonnier, « la pauvreté, même celle qui n'est pas vice, ne libère pas les débiteurs d'obligations pécuniaires » [14].

La Cour de cassation l'a jugé en 2014 en des termes limpides : « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de ce cette obligation en invoquant un cas de force majeure » [15]. La solution est depuis amplement partagée par les juges du fond [16].

L'impécunieux est censé pouvoir toujours se procurer de l'argent, en vendant un actif ou en empruntant et, dans le pire des cas, si ses finances ne lui permettent plus de payer, il lui faut se tourner vers le droit des entreprises en difficulté. Il serait par trop commode, à l'heure de payer, d'exciper de difficultés financières (que l'on aura peut-être du reste contribué à créer) pour échapper à ses obligations. L'engagement n'aurait guère de valeur.

Je vous paierai, foi d'animal … si toutefois je n'y vois point trop de mal.

La force majeure ne concerne pas les choses fongibles. Moins connue que la précédente assertion, la présente y est pourtant liée. L'argent n'est-il pas la plus fongible de toutes les choses fongibles ? *Genera non pereunt* : les choses de genre ne périssent pas. Partant, l'on est censé pouvoir toujours se procurer une quantité équivalente de choses fongibles si les premières venaient à disparaître. Si un navire rempli de grille-pain ou de bidons d'huile d'olive coule, le vendeur peut toujours s'en procurer d'autres pour satisfaire son acquéreur [17]. Comme l'expliquent certains auteurs, cette exigence « rend très difficile l'admission de la force majeure lorsque l'obligation inexécutée a pour objet une chose fongible, telle que le paiement d'une somme d'argent, que l'on pourrait se procurer par ailleurs, car la jurisprudence applique la maxime *genera non pereunt* » [18]. Rappel utile en ces temps agités. Une nuance, toutefois : en présence d'une pénurie mondiale, comme celle qui touche aujourd'hui certains biens (l'on songe notamment aux semi-conducteurs), l'adage *genera non pereunt* ne devrait pas faire obstacle à l'invocation de la force majeure.

La force majeure n'est pas l'impossibilité pour le créancier de jouir de la prestation. La force majeure n'est qu'une excuse à l'inexécution. L'article 1218 du Code civil le laisse entendre assez nettement : il faut que l'événement « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». L'ancien article 1148 N° Lexbase : L1249ABU le disait mieux encore : « il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». Les deux textes ont en commun d'être placés, dans le code, juste avant les sanctions de l'inexécution contractuelle. La force majeure n'est qu'une circonstance exonératoire de responsabilité contractuelle. Elle n'a rien à voir avec l'impossibilité, pour le créancier, de jouir de la contrepartie qui lui a été promise.

En témoignent deux arrêts. Le premier, rendu en 2020, a trait à l'impossibilité pour un curiste de profiter de la cure thermale qu'il avait payée. En substance, un couple se présente dans l'établissement qui devait les accueillir pour trois semaines. Au bout de quelques jours, l'époux tombe malade et doit être hospitalisé. Soutenant n'avoir pu profiter des deux dernières semaines de cure pour cause de force majeure, le couple assigne l'établissement en résolution du contrat. La Cour de cassation, fort logiquement, repousse la demande au motif que « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure » [19]. La solution est imparable : le débiteur (l'établissement thermal) pouvait exécuter la prestation promise ; c'est le créancier (le curiste) qui était dans l'incapacité d'en jouir.

Le second arrêt reprend *expressis verbis* l'attendu de 2020. Cette fois-ci, un preneur à bail commercial excipait de la force majeure résultant de la fermeture administrative décidée par le Gouvernement. N'ayant pu exploiter commercialement le local donné à bail, il soutenait être confronté à un cas de force majeure. Nouveau refus de la Cour de cassation : non seulement son obligation de payer le loyer n'était pas impossible (il s'agissait d'une obligation de

somme d'argent), mais en outre l'impossibilité pour le preneur, cette fois-ci pris en qualité de créancier de la jouissance des lieux, d'exploiter le local, ne peut constituer un cas de force majeure [20].

Dès lors, de deux choses l'une : soit le débiteur est dans l'incapacité d'exécuter son obligation, le créancier pourra alors être libéré par effet-réflexe, soit le débiteur peut s'exécuter, mais le créancier ne peut recevoir. La force majeure est alors exclue.

C. À quoi donne droit la force majeure ?

À supposer la force majeure caractérisée à raison de la crise ukrainienne, énergétique ou autre, à quoi le débiteur peut-il prétendre ? La réponse diffère selon les conséquences de la perturbation.

Suspension. À une perturbation passagère correspond une réponse temporaire. L'article 1218, alinéa 2, du Code civil dispose en ce sens : « si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat ». La phrase appelle plusieurs remarques.

D'une part, le juriste traite la force majeure comme le chirurgien traite la tumeur : de manière ciblée. L'impossibilité d'exécution s'apprécie obligation par obligation. L'excuse de force majeure s'apprécie de même. Seule l'obligation dont l'exécution est devenue impossible voit son exigibilité suspendue. Tout le contrat n'est pas mis en pause. Prenons l'exemple d'un contrat de construction. Si, du fait de la crise sanitaire ou de la guerre, certaines obligations ne peuvent être accomplies *in situ*, d'autres obligations demeurent possibles à exécuter, que l'on songe aux travaux à réaliser en bureau d'études, à l'obligation de *reporting,* à la *compliance* ou à la confidentialité.

D'autre part, la durée de l'empêchement n'est pas toujours le décalque parfait de la durée de l'événement perturbateur. Prenons l'exemple de la prise d'otages d'In Amenas en janvier 2013. En quatre jours, les terroristes étaient abattus. Pour autant, l'exécution du contrat était-elle immédiatement possible, alors qu'il fallait remobiliser les travailleurs démobilisés, faire revenir les expatriés, repenser la sécurité ? À l'évidence, non.

Ajoutons qu'il est des contrats dans lesquels l'exécution ponctuelle est essentielle. *Time is of the essence*, comme le disent nos amis d'outre-Manche ou d'outre-Atlantique. Quel intérêt en effet pour des mariés de voir le traiteur livrer le repas de noces trois jours après la noce ? Dans ce cas, la suspension du contrat n'a aucun sens.

Résolution. Lorsque l'impossibilité d'exécuter est définitive, la réponse ne tient pas dans la suspension, mais dans la résolution du contrat. C'est ce que prévoit l'article 1218 du Code civil : « si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations ». Tout n'est pas résolu par cette simple phrase.

D'une part, le caractère définitif de l'empêchement n'apparaît pas toujours immédiatement. Bien souvent, les parties croient dans un premier temps pouvoir surmonter la difficulté. Elles réduisent la voilure, attendent que les turbulences s'éloignent. Comment faut-il alors traiter la situation ? Le contrat est-il résolu ? Depuis l'événement perturbateur ? Depuis que l'on a réalisé que la suspension serait vaine ?

D'autre part, le code prévoit une résolution « de plein droit », c'est-à-dire automatique, extrajudiciaire. Bien souvent, ce sera illusoire. Il suffit que le créancier résiste, estimant la force majeure non caractérisée, pour que cette résolution « de plein droit » ne soit que chimère, contraignant le débiteur à la faire constater en justice.

Enfin, il n'est pas certain que la résolution soit la sanction idoine. Plutôt que d'emprunter à un mécanisme qui sanctionne habituellement l'inexécution fautive, pourquoi ne pas tourner le regard vers la caducité, sanction de la disparition – non fautive – d'un élément essentiel du contrat [21] ?

Vide juridique. Par-delà ces enseignements de l'article 1218, un vide juridique subsiste autour des conséquences de la force majeure. Pas tant autour des conséquences de la résolution, car le Code civil contient aux articles 1229 et suivants **N° Lexbase : L0934KZM** quelques utiles dispositions (rétroactivité, survie de certaines clauses). Ce qui fait défaut tient essentiellement autour de deux axes.

En premier lieu, le traitement de la force majeure de longue durée. Est ici visée l'hypothèse d'une impossibilité temporaire qui s'inscrit dans la durée. Passé deux, trois ou six mois, est-il bien légitime de contraindre les parties à demeurer dans l'expectative ? Ne serait-il pas économiquement plus rationnel de les délier, afin qu'elles puissent dégager des solutions alternatives ?

En second lieu, le traitement des surcoûts engendrés par la force majeure. Prenons une hypothèse simple : un entrepreneur est empêché, trois mois durant, de faire avancer un chantier. Certes, si la force majeure est retenue, il sera excusé de son retard et des pénalités afférentes. Mais qui croira qu'un chantier suspendu ne coûte plus rien ? Que l'on songe à l'assurance, aux salaires, au gardiennage… Autant de coûts supplémentaires pour l'entrepreneur. Pourra-t-il les faire supporter par le maître d'ouvrage ? À l'évidence pas. Ils ne sont imputables ni à l'un ni à l'autre, mais à la force majeure. Sauf pour les parties à avoir contractualisé cette hypothèse ou négocié une solution, l'entrepreneur supportera seul ces surcoûts d'exécution.

Conclusion. La force majeure constitue-t-elle un remède idoine face aux crises et aux conflits armés ? On peut en douter. Non seulement elle n'est qu'exceptionnellement retenue, mais en outre, ses effets sont bien souvent inadaptés. Parce qu'elle n'est qu'une excuse à l'inexécution, la force majeure est une sanction rétrospective. Tournée vers le passé, elle ne permet pas d'adapter le contrat à l'avenir.

II. L'imprévision

A. Ce qu'est l'imprévision

La révision pour imprévision est une consécration récente. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 [22], notre droit des contrats se montrait rétif à admettre l'imprévision.

Il n'est besoin de rappeler à personne le « syndrome de Craponne », engendré par ce célèbre arrêt de 1876 [23] ayant simplement interdit au juge de réviser le contrat… mais ne disant rien de la nécessité pour les parties de renégocier une convention devenue déséquilibrée.

Depuis cet arrêt et jusqu'à la réforme de 2016, pas une décision n'a, quoi qu'on en veuille dire, ordonné la révision d'un contrat pour cause d'imprévision. Certes, la Haute juridiction a lâché çà et là, quelques ballons d'essai [24]. Certes, elle a sanctionné la mauvaise foi de certains créanciers qui imposaient à leurs partenaires des conditions iniques [25]. Mais jamais, jamais, elle n'a révisé un contrat pour imprévision.

Arc-bouté sur une conception surannée de la force obligatoire, adoptant une attitude binaire dans laquelle l'événement est, soit un cas de force majeure, soit tenu pour indifférent, ignorant les enseignements du droit comparé, notre droit des contrats se refusait à admettre que, face aux crises, une once de flexibilité fût nécessaire.

Pendant ce temps, le droit administratif, plus pragmatique, développait une subtile théorie de l'imprévision. Loin des clichés doctrinaux, il ne façonnait pas une « machine à faire exploser le contrat », mais fourbissait, au contraire, une technique permettant de sauver le contrat dans la tempête. Au menu, une indemnité temporaire d'imprévision pour faire face au gros temps [26].

À l'aube du XIXe siècle, le droit des contrats était traversé par une improbable ligne Maginot. À l'est, les contrats relevant du droit public. Ceux-ci pouvaient, en cas de bouleversement imprévisible des circonstances économiques,

donner lieu à une indemnité d'imprévision pour permettre la continuité du service public. A l'ouest, les contrats relevant du droit privé. « Je maintiendrai », assuraient-ils contre vents et marées. Mieux vaut mourir debout, inflexible, que de courber l'échine, fût-elle contractuelle.

Il faudra attendre 2016 pour que l'imprévision fasse son entrée en droit positif. Les enseignements du droit comparé et du droit du commerce international le mettaient en évidence : aucun système juridique ayant admis l'imprévision n'avait vu exploser son modèle contractuel. Le spectre de la révision judiciaire ou du gouvernement des juges n'était que chimère.

Depuis 2016, l'article 1195 du Code civil N° Lexbase : L0909KZP, symbole si fort qu'il constituât la pomme de discorde des sénateurs et députés lors de l'adoption de la loi de ratification [27], professe que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ».

Le Rubicon est franchi : en cas d'échec de la renégociation, le juge peut être saisi d'une demande de révision ou de résiliation du contrat.

B. Ce que n'est pas l'imprévision

Machine à faire exploser le contrat. L'imprévision n'est pas, contrairement à la crainte agitée par certains, une machine à faire exploser le contrat. L'imprévision ne piétine pas la force obligatoire. Il n'y a pas de contradiction entre *pacta sunt servanda* et le traitement de l'imprévu. Le contrat est acte de prévision. Il oblige les parties à faire ce qui est convenu. Mais lorsqu'un événement fausse leurs prévisions et fait naître une charge extracontractuelle que nul n'a vocation à supporter, il est vain d'invoquer la force obligatoire. Il semble largement artificiel de considérer que le débiteur confronté à une hausse vertigineuse du coût de l'électricité est fautif de ne l'avoir point prévu, et condamné à supporter seul cette injustice. Disons-le sans ambages : la force obligatoire ne régit pas la charge extracontractuelle. Elle n'en alloue point le poids.

Machine à faire exploser l'économie. L'on a beaucoup glosé sur le risque systémique posé par la théorie de l'imprévision. Les augures prédisaient des révisions en cascades, les pythies un effondrement de l'économie sous les coups de boutoir de débiteurs de mauvaise foi. Le grand soir n'a pas eu lieu. La chose est peu surprenante si l'on regarde outre-Rhin, outre-Quiévrain, par-delà les Alpes ou la Manche. Aucun système juridique ayant admis l'imprévision n'a succombé à des révisions en chaîne. Quant au juge français, une analyse empirique des premières décisions des juges du fond révèle une très faible appétence pour l'article 1195 du Code civil. Quand ils n'estiment pas le texte inapplicable, ils jugent que ses conditions ne sont pas réunies. Et lorsque, par extraordinaire, les conditions paraissent remplies, ils n'ordonnent quasiment jamais la révision judiciaire du contrat [28]. Le seul arrêt que nous ayons relevé et qui modifie le contrat se borne à allonger le délai de réalisation d'une condition suspensive [29]. La moisson est bien maigre !

Baguette magique. L'imprévision n'est pas davantage une « baguette magique ». Au risque de doucher les espoirs de certains débiteurs, l'article 1195 du Code civil ne permet pas d'obtenir une révision du contrat dès lors que l'on subit une hausse de ses coûts d'exécution. Quand bien même notre débiteur serait confronté à une hausse de 30 % de ses coûts de matières premières, il n'est pas certain qu'il puisse prétendre à une modification du contrat. Parce que l'imprévision doit demeurer exceptionnelle, la modification n'est possible que dans des cas extrêmes. On reconnaît là l'excessive onérosité d'exécution, critère emprunté au droit italien. Il en résulte que, dans la plupart des cas, les conditions de déclenchement de l'imprévision ne seront pas jugées réunies. Par ailleurs, quand bien même ces conditions seraient remplies, le débiteur ne doit pas croire qu'il pourrait obtenir du créancier qu'il supporte l'intégralité des surcoûts subis. La logique est celle d'un partage de la charge extracontractuelle, et non d'un basculement sur celle-ci sur les épaules du créancier. À titre de comparaison, en droit administratif, le cocontractant de l'administration garde environ 25 % des surcoûts à sa charge.

En somme, il convient de ne pas nourrir d'espoirs disproportionnés en la matière. Comme le résume le Professeur Le Nabasque, « l'imprévision relève du parcours du combattant ! » [30].

C. Quel champ d'application ?

La détermination du champ d'application de l'article 1195 du Code civil soulève de nombreuses interrogations. On traitera de celles-ci de la plus aisée à la plus épineuse.

Contrats antérieurs à 2016. L'article 1195 du Code civil étant issu de l'ordonnance du 10 février 2016 [31], il n'est applicable qu'aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur, soit le 1er octobre 2016. La loi de ratification du 20 avril 2018 [32], on s'en souvient, interdit au juge de faire une application anticipée de la réforme aux contrats en cours, que ce soit en invoquant l'ordre public ou les effets légaux du contrat. On sait pourtant que la jurisprudence trouve, quand elle le veut, des parades, comme elle l'a fait notamment pour la promesse unilatérale de vente [33].

À ce jour, de nombreuses juridictions du fond refusent d'appliquer l'article 1195 du Code à des contrats conclus avant le 1er octobre 2016 [34]. La solution est quelque peu discutable. Pourquoi un contrat conclu le 30 septembre devrait-il être exécuté jusqu'à ce que mort s'ensuive, tandis que celui conclu le lendemain ouvrirait-il à renégociation ?

Une position médiane consiste à juger que les contrats conclus avant le 1 er octobre 2016 échappent à la révision judiciaire, mais sont également soumis à l'obligation de renégocier de bonne foi [35].

Instruments financiers. Depuis la loi de ratification du 20 avril 2018, l'article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier N° Lexbase : L1964LKX dispose : « l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code N° Lexbase : L9113K7N ». Sont ainsi exclus, à raison de leur nature spéculative, les contrats portants sur des instruments financiers.

Contrats écartant expressément l'article 1195. Autre hypothèse : celle dans laquelle la volonté des parties a été d'exclure l'article 1195 du Code civil. Depuis 2016, l'on voit fleurir dans les contrats des clauses aux termes desquelles l'une des parties (ou les deux) renonce(nt) à l'article 1195 du Code civil. Dans un premier temps, l'on ne s'est guère ému de ces clauses, qui tendaient à devenir de style. La navigation par beau temps, en quelque sorte. Puis, lorsque l'orage s'est fait sentir, d'aucuns ont entendu contester ces clauses, parfois imposées [36], souvent librement consenties. La question posée est simple, mais l'enjeu crucial : peut-on renoncer à l'article 1195 ? À cette question, trois réponses possibles. La plus libérale, dans laquelle nous nous inscrivons, est affirmative. Le texte étant supplétif, ainsi qu'il ressort clairement des travaux parlementaires, il est permis de l'écarter par une stipulation contraire [37]. La moins libérale consiste à tenir le texte pour d'ordre public, ce qui emporte qu'on n'y pourrait déroger [38]. Enfin, une voie médiane tient le texte pour partiellement impératif [39]. Les parties pourraient déroger à l'alinéa 2 (révision judiciaire), mais pas à l'alinéa 1er (renégociation).

À ce jour, tous les arrêts relevés donnent effet aux clauses écartant l'article 1195, ce qui laisserait entendre que la première voie recueillerait la faveur prétorienne.

Contrats écartant implicitement l'article 1195. *Quid* désormais des contrats qui n'excluent pas expressément l'article 1195 du Code civil, mais qui, implicitement, pourraient être interprétés comme l'écartant ? Voici un contrat qui stipule « en cas de bouleversement imprévisible de l'équilibre économique, les parties se réuniront pour renégocier de bonne foi les conditions du contrat ». Cette clause fait-elle double emploi avec l'article 1195, alinéa 1er, du Code civil ? Remplace-t-elle les conditions du texte par les siennes (« bouleversement de l'équilibre économique » versus « excessive onérosité ») ? Mais surtout, écarte-t-elle implicitement l'alinéa 2 du texte, celui qui permet, en cas d'échec

de la renégociation, de saisir le juge d'une demande de révision ?

Baux commerciaux. Certaines – rares – juridictions du fond ont retenu, de façon peu convaincante à nos yeux, que les baux commerciaux échappaient à l'emprise de l'article 1195 du Code civil. En témoigne notamment un arrêt de la cour d'appel de Versailles, au terme duquel « dès lors que le statut des baux commerciaux prévoit de nombreuses dispositions spéciales relatives à la révision du contrat de bail (révision triennale, clause d'indexation), il n'y a pas lieu de faire application des dispositions générales de l'article 1195 précité, ces dernières devant être écartées au profit des règles spéciales du statut des baux commerciaux » [40]. La Cour de cassation, qui n'a jamais été amenée à se prononcer sur l'application de l'article 1195 en la matière [41], n'a pas encore tranché le point.

À notre sens, l'argument avancé par la cour d'appel de Versailles manque en droit. Il est vain d'invoquer l'adage *specialia generalibus derogant*. Cette règle suppose que le législateur ait voulu déroger à une règle générale en édictant une règle spéciale plus adaptée. Ainsi du mandat : alors que le droit commun prévoit que le contrat ne peut être résolu que d'un commun accord ou pour les causes que la loi autorise, le droit spécial permet une révocation *ad nutum*, rendue nécessaire par la place de la confiance au sein du mandat. Qui croira que le décret-loi de 1953 sur les baux commerciaux [42] ait entendu déroger à l'article 1195 du Code civil… qui n'a été créé qu'en 2016 ? Lorsque le texte général est postérieur au texte prétendument spécial et qu'il n'a réservé aucune exception pour ce domaine, il paraît bien ambitieux de convoquer la maxime *specialia generalibus derogant*.

Ajoutons que les règles évoquées n'ont pas nécessairement le même domaine. La révision triennale n'a pas pour but d'adapter le bail commercial à un changement drastique et soudain de son équilibre économique. De sorte qu'il est bien délicat de prétendre que les deux règles seraient en concurrence.

Marchés à forfait. Dans le même ordre d'idée, certains juges du fond ont estimé que l'article 1793 du Code civil N° Lexbase : L1927ABY, propre au marché à forfait, excluait nécessairement l'article 1195 du même code. Ainsi, les cours d'appel de Douai [43], Amiens [44] et Bordeaux [45] considèrent que le caractère forfaitaire du marché est incompatible avec la révision pour imprévision.

Nous ne partageons pas cette vue.

En premier lieu, l'article 1793 du Code civil n'emporte renonciation, pour l'entrepreneur, qu'à se prévaloir des hausses des cours des matériaux ou de la main-d'œuvre. Il n'emporte pas acceptation de tous les risques. Dira-t-on que l'entrepreneur a accepté, en proposant un prix forfaitaire, tous les risques de variations du coût de l'énergie ?

En deuxième lieu, l'imprévisibilité ne porte pas exclusivement sur le type d'événement, mais également sur ses conséquences. L'entrepreneur qui propose un prix forfaitaire le fait au vu des évolutions normales, usuelles, des cours des matériaux. Son risque est mesuré. Si l'évolution habituelle du cours de l'aluminium est de l'ordre de 2 % l'an et que, demain, le cours de l'aluminium augmente soudainement de 2 000 %, dira-t-on qu'il s'agit d'un risque accepté, et que l'entrepreneur doit être acculé à la ruine ?

En troisième lieu, certaines juridictions n'hésitent pas à appliquer l'article 1195 à des marchés à forfait. Tel est le cas notamment de la cour d'appel de Colmar [46], ce qui semble indiquer qu'il n'existe pas d'incompatibilité notionnelle entre forfait et révision.

Enfin, le droit administratif admet sans difficulté aucune qu'un marché à forfait puisse faire l'objet d'une indemnité d'imprévision. Depuis une trentaine d'années, « le Conseil d'État rappelle que la théorie de l'imprévision, comme celle des sujétions imprévues, s'applique au marché à forfait [47] » [48]. Il n'en va autrement que s'il résulte clairement de la commune intention des parties, notamment du caractère général et absolu du forfait et de la renonciation du cocontractant à toute nouvelle indemnité, qu'elles ont entendu, en signant un avenant au cours de la situation d'imprévision, renoncer à toute compensation supplémentaire [49].

En somme, rien ne commande, en droit positif, d'exclure la révision pour imprévision du seul fait que le prix ait été stipulé forfaitaire [50].

Obligations de somme d'argent. Même si la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur ce point, ce qui invite à la prudence, il nous semble que l'imprévision ne peut être invoquée pour les obligations de somme d'argent. La raison tient au – mauvais – critère choisi par l'article 1195 du Code civil : celui des coûts d'exécution. Quoi qu'il advienne, l'exécution d'une obligation de somme d'argent n'est jamais plus onéreuse. Le débiteur s'acquitte toujours du nominal de la dette, qui ne varie jamais. Aussi, nous semble-t-il, l'imprévision doit-elle être exclue concernant les obligations de somme d'argent [51].

D. Quelles conditions d'application ?

L'article 1195, alinéa 1 er, pose les conditions de la révision pour imprévision : « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ».

Si l'on systématise, le débiteur doit démontrer un changement de circonstances imprévisible, une absence d'acceptation du risque et une exécution excessivement onéreuse.

Changement de circonstances. Le texte est volontairement large. Tout type de circonstances peut être pris en considération : circonstances économiques, financières, géopolitiques, juridiques, technologiques... L'origine du bouleversement indiffère. Ce qui importe, c'est son impact sur le contrat.

Imprévisibilité. Le critère est commun à la force majeure et à l'imprévision. Il s'apprécie, à l'instar de la force majeure, de manière raisonnable. Les parties avaient-elles une raison de songer à cet événement ? À supposer même que l'événement ait été, *per se*, prévisible, ses conséquences l'étaient-elles [52] ? Songeons à la crise Covid-19. Pour un contrat conclu en avril 2020, l'existence du coronavirus était prévisible. Ses conséquences l'étaient-elles ? À ce jour, les quelques arrêts s'étant prononcés sur l'imprévision semblent retenir une acception exigeante du critère d'imprévisibilité [53].

Risque accepté. L'article 1195 réserve l'hypothèse dans laquelle la partie frappée par l'imprévu avait accepté d'assumer ce risque. Cette hypothèse peut résulter d'une stipulation expresse, par laquelle le débiteur renonce à l'article 1195 ou affirme le caractère absolument forfaitaire du contrat. Elle peut aussi, de manière moins marquée, résulter du contexte économique. On se souvient notamment d'un arrêt dans lequel la cour d'appel de Douai avait jugé qu'en concluant des ventes à terme, dont le prix était par définition fixe, alors que « le marché du beurre est instable et volatil et sujet à fluctuations, car dépendant de la production de lait, elle-même soumise à l'évolution des conditions climatiques. La société B, professionnelle dans le domaine depuis de nombreuses années ne pouvait l'ignorer. Ainsi, lors de la souscription des contrats, la société B avait parfaitement conscience que ces derniers pouvaient faire l'objet de circonstances économiques évolutives et en a pris le risque » [54].

En revanche, le seul fait que les parties aient stipulé une clause de variation de prix ne semble pas pouvoir être interprété comme une acceptation de tous les risques [55].

Extrême onérosité. Le critère consacré par l'article 1195 du Code civil est celui des coûts d'exécution. La renégociation ou la révision est justifiée lorsque le débiteur est confronté à une exécution excessivement onéreuse de ses obligations. La proposition appelle trois séries de remarques.

D'une part, ce critère est un mauvais critère. Le contrat n'est pas un échange de coûts, mais un échange de valeurs [56]. Imaginons un particulier qui commande un téléphone dernier cri sur le site d'une célèbre marque à la pomme. Le prix convenu est de 1 000 euros. Si le coût de production dudit téléphone, qui était de 600 euros, baisse à 580 euros

parce que la marque pommée a changé de fournisseur d'écran, ou si le coût augmente à 620 euros parce que le coût de l'emballage est en hausse, notre acheteur en tire-t-il une utilité changée ? La valeur de l'objet est-elle modifiée ? Nous ne le croyons pas [57].

Autre défaut de ce critère : il rend le législateur borgne. L'imprévu a pour effet de déséquilibrer l'échange de valeurs opéré par le contrat. Ce déséquilibre peut se manifester de deux manières : soit par une hausse du coût d'exécution, soit par une perte de valeur de la contre-prestation. Si cette prestation devient soudainement inutile ou perd drastiquement de la valeur (on songe par exemple à la location de téléviseurs ne captant que les chaînes hertziennes ou à la maintenance des ordinateurs d'une banque française à Kiev, fermée du fait de la guerre), ne faut-il pas admettre la nécessité de renégocier ou de réviser le contrat ? Le droit du commerce international est, sur ce point, plus complet. L'article 6.2.2 des Principes d'Unidroit [en ligne] prévoit en ce sens : « il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ».

D'autre part, le seuil n'est pas défini par le texte . Qu'est-ce que l'excessive onérosité ? Où se situe la ligne de partage entre ce qui est supportable et ce qui devient insupportable pour le débiteur ? La loi ne le dit pas. Le standard de l'excès est abandonné aux lumières du magistrat.

En doctrine, on a parfois soutenu que le seuil de déclenchement correspondait à l'exécution à perte. L'on accepterait le risque de perdre tout ou partie de sa marge, mais pas de perdre de l'argent à exécuter le contrat.

Cette idée, que nous avons défendue [58], semble trouver quelques échos en jurisprudence. En droit public, le Conseil d'État juge que l'imprévision suppose que le contractant soit confronté, non pas à une simple baisse de son chiffre d'affaires, mais à un déficit d'exploitation [59]. En droit privé, il a été jugé qu'une détérioration de la rentabilité ne caractérise pas l'excessive onérosité [60], ou que la seule démonstration d'un résultat négatif de l'entreprise « ne prouve pas que l'exécution de l'obligation de paiement des redevances soit devenue excessivement onéreuse » [61].

Enfin, la preuve de l'excessive onérosité est exigeante. Il ne suffit pas au débiteur de faire état de difficultés particulières ou d'un renchérissement du cours des matières premières qu'il emploie à l'exécution de sa mission. Comme l'a très justement rappelé la cour d'appel de Paris dans un récent arrêt, au sujet d'un fabricant d'AdBlue qui invoquait l'augmentation du cours de l'urée, matière première de l'additif litigieux, « l'onérosité excessive de l'exécution du contrat [...] ne peut se déduire, ni de la seule variation du prix de l'urée [...], ni a fortiori être déduite des variations de cours enregistrées sur des marchés de gros du gaz, ni enfin, de l'affirmation selon laquelle la société GreenChem vend à perte à la société BlueRoad, de sorte qu'à défaut de produire des éléments comptables et financiers de nature à caractériser cette condition de la résiliation du contrat sur le fondement de l'imprévision, la cour confirmera le jugement qui a rejeté la demande » [62].

Il ne suffit ni d'affirmer ni d'exciper de l'augmentation du cours de l'énergie ou des matières premières. Il faut démontrer, chiffres à l'appui, que l'exécution de ses obligations est devenue excessivement onéreuse.

E. Quels effets ?

L'article 1195 du Code civil est telle une fusée à deux étages : la renégociation et la révision.

Renégociation. Le premier étage de la fusée est consensuel. L'article précité prévoit qu'en cas d'imprévision, la partie affectée « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». Le choix du verbe « pouvoir » ne doit pas induire en erreur. Il ne signifie pas que le débiteur frappé par l'imprévu pourrait se dispenser de solliciter la renégociation et préférer saisir directement le juge. Une fin de non-recevoir devrait sanctionner une telle action. Il serait en effet bien étrange que l'on puisse surprendre son créancier par une assignation en révision judiciaire, sans avoir tenté de trouver une solution amiable. Il faut donc comprendre que le débiteur « peut » demander la renégociation ou supporter seul les surcoûts d'exécution.

Demander une renégociation doit être fait avec prudence. Le débiteur qui se bornerait à écrire à son créancier qu'il ne peut plus exécuter du fait du renchérissement du cours de l'énergie, ou à prétendre imposer une augmentation de 15 % de ses tarifs ne propose pas de renégocier. Il faut formellement inviter le créancier à se réunir, à échanger propositions et contre-propositions pour adapter le contrat à l'imprévu.

Précision utile, le débiteur doit continuer à s'exécuter durant la renégociation. Comme le dit l'article 1195, il « continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ». Il ne faudrait pas en effet contraindre le créancier à négocier le couteau sous la gorge, en acceptant de reprendre l'exécution que si le créancier accepte de nouvelles conditions. On observera néanmoins que le texte n'assortit cette obligation d'aucune sanction spéciale. Il semble donc excessif d'y voir une cause de déchéance du droit de demander la renégociation ou la révision du contrat. Plus raisonnablement, il faut comprendre que l'exigibilité de l'obligation n'est pas suspendue durant la renégociation, de sorte que le créancier serait admis à exiger l'exécution forcée du contrat. La seule invocation de l'imprévision ne constitue pas une contestation sérieuse faisant obstacle à une demande de provision [63].

La renégociation peut conduire à trois issues. La plus favorable est la conclusion d'un avenant destiné à adapter le contrat, temporairement ou définitivement, à la situation de crise. Un cran en dessous, les parties peuvent convenir qu'elles ne parviendront pas à trouver un accord. Lorsque leurs positions sont trop éloignées, les parties peuvent préférer mettre fin, conventionnellement, à leur contrat. Un protocole de résiliation amiable sera alors conclu. Enfin, dernière hypothèse : les parties ne parviennent pas à s'entendre. La négociation achoppe. À ce titre, il faut relever que l'article 1195 ne distingue pas selon que la négociation échoue en dépit de la bonne foi des parties ou à cause de leur mauvaise foi. Il ne mentionne ni la bonne foi ni la loyauté. Il faut sans doute en conclure qu'aucune obligation de renégocier de bonne foi n'est exigée. Le législateur refuserait de s'intéresser aux causes de l'échec des négociations. Seul le constat, objectif, de l'échec importe pour atteindre le second étage.

Révision. Le second étage de la fusée est judiciaire. Si la renégociation échoue ou si elle n'a pas lieu, le juge peut être saisi aux fins de réviser ou résilier le contrat [64]. « À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe », prescrit le texte.

Première remarque : aucune obligation de renégocier n'est imposée. Si le créancier ne répond pas à la demande de renégociation, s'il y oppose un refus ou ne vient à la première réunion de renégociation que pour décliner toute proposition du débiteur, le juge ne peut le contraindre à renégocier. La sanction est différente : le créancier qui fait achopper la négociation s'expose à une révision judiciaire. C'est la fonction répulsive de la révision judiciaire. Dissuader les créanciers de faire la sourde oreille aux requêtes de leurs débiteurs, de peur que le juge ne se saisisse du contrat pour l'adapter.

En réalité, la menace s'avère le plus souvent illusoire. Si, par le passé, la jurisprudence a, à deux reprises au moins, enjoint aux parties de renégocier sous la menace d'une révision judiciaire [65], la pratique ne semble guère répandue. Au surplus, les juges paraissent bien peu enclins à réviser les contrats. Ainsi qu'évoqué *supra*, sur tous les arrêts que nous avons glanés, un seul prononce une pseudorévision du contrat, consistant en un allongement de la durée de réalisation d'une condition suspensive. À notre connaissance, aucun juge ne s'est à ce jour saisi du pouvoir conféré par l'article 1195 du Code civil pour réviser l'équilibre économique d'un contrat.

Faut-il s'en désespérer, considérant que le juge n'est que tigre de papier et que l'imprévision demeurera, telle l'Arlésienne, cette figure dont on parle que l'on ne voit jamais ?

Faut-il, à rebours, s'en réjouir, en inférant de l'absence de révision judiciaire que les parties auront systématiquement préféré « un mauvais arrangement à un bon procès » ?

Telles sont, en quelques sortes, les illusions perdues de l'imprévision.

[1] Selon l'expression de Gény, qui exhortait à s'en méfier.

[2] Le triptyque apparaît tardivement en doctrine, sous la plume de Baudry-Lacantinerie et Barde, qui semblent mêler les critères de la force majeure à ceux du cas fortuit. V. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, n° 260.

[3] Cass. ass. plén., 14 avril 2006, n° 02-11.168 **N° Lexbase : A2034DPZ**.

[4] La matière extracontractuelle a volontairement été laissée à l'écart, l'exigence de prévisibilité n'ayant guère de sens quant aux faits juridiques.

[5] C'est la raison pour laquelle nous avions, dans notre thèse, proposé de substituer le critère de l'imprévu à celui de l'imprévisible. V. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu,* préf. L. Aynès, Economica, 2011.

[6] Pour P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, n° 33, l'extériorité est « vouée aux gémonies, adulée par les autres ». Pour Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck (*Les obligations,* LGDJ, n° 956), elle est « encore plus flottante que celle d'irrésistibilité ou d'imprévisibilité ».

[7] Cass. ass. plén., 10 juillet 2020, n° 18-18.542 **N° Lexbase : A93843QM**.

[8] Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité pratique et théorique de droit civil, Des obligations, 3 ème éd., 1906, t. I, n° 419.

[9] En droit anglais, v. Tsakiroglou & Co. v. Noblee Thorl GmbH [1962] AC 93 at 115.

[10] Rappr. L. Thibierge, *Guerre en Ukraine et contrats en cours : la prudence !*, JCP G, 2022, n° 39, 3 octobre 2022, 1101.

[11] On songe notamment au contrat liant Total Énergie à EDF, au terme duquel « la force majeure désigne un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties dans des conditions économiques normales » (T. com. Paris, 20 mai 2020, n° 2020016407 **N° Lexbase : A21473MH**).

[12] On songe notamment à l'article 79 de la CVIM, aux dispositions de la CMR ou encore au droit des transports aériens.

[13] A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, n° 334.

[14] J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22ème éd., 2000, n° 162.

[15] Cass. com., 16 septembre 2014, n° 13-20.306, F-P+B N° Lexbase : A8468MWK.

[16] CA Paris, 1-2, 2 juin 2022, n° 21/19440 N° Lexbase : A869874W – TJ Paris, 20 janvier 2022, n° 20/06770 N° Lexbase : A29577NT – CA Riom, 2 mars 2021, n° 20/01418 N° Lexbase : A56574ID – TJ Paris, référé, 17 juillet 2020, n° 20/50920 N° Lexbase : A231039G – TJ Montpellier, référé, 10 septembre 2020, n° 20/30974 N° Lexbase : A307933G – TJ Paris, 26 octobre 2020, deux ordonnances, n° 20/53713 N° Lexbase : A339134D et 20/55901 N° Lexbase : A339234E – TJ Boulogne, 4 novembre 2020, n° 20/00205 – v. néanmoins, plus ambigu, CA Grenoble, 5 novembre 2020, n° 16/04533 N° Lexbase : A643333N.

[17] Ch. Larroumet, *Les obligations*, Economica, 2007, n° 724 : « une chose de même qualité et en même quantité [peut] toujours être trouvée par le débiteur, quel que soit le prix qu'il ait à payer pour cela » ; *comp*. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 2000 : le débiteur peut « toujours se procurer sur un marché (fût-ce à l'étranger) les marchandises qui font l'objet de son obligation ».

[18] G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, 3e éd., n° 399.

[19] Cass. civ. 1, 25 novembre 2020, n° 19-21.060, FS-P+B+I N° Lexbase : A551737H.

[20] Cass. civ. 3, 30 juin 2022, n° 21-20.190, FS-B N° Lexbase : A859678U.

[21] Rappr. C. civ., art. 1186 N° Lexbase : L0892KZ3 ; *Le contrat face à l'imprévu*, n° 890, *op. cit*.

[22] Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations N° Lexbase : L4857KYK.

[23] Cass. civ., 6 mars 1876, « Canal de Craponne ».

[24] On songe notamment à un énigmatique arrêt de 2004 (Cass. civ. 1, 16 mars 2004, n° 01-15.804, FS-P N° Lexbase : A5937DBI), mais aussi, plus proche de nous, à un arrêt de 2010 ayant implicitement admis que le bouleversement de l'équilibre contractuel pouvait priver une obligation de sa cause, entraînant la caducité du contrat (Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, F-D N° Lexbase : A6845E3W).

[25] V. notamment Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547, publié N° Lexbase : A4297ABR – Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18.357, publié N° Lexbase : A9771AYK – Cass. com., 15 janvier 2002, n° 99-21.172, inédit N° Lexbase : A8042AX7.

[26] Le contrat n'est pas durablement révisé par le juge en droit administratif. Une indemnité temporaire est accordée pour aider le contractant à faire face aux surcoûts d'exécution.

[27] Les sénateurs avaient tenté de conditionner la possibilité d'une révision judiciaire à une requête conjointe des

parties.

[28] L. Thibierge, *À la recherche de l'imprévision*, BRDA, décembre 2022, p. 23.

[29] T. com. Paris, 15 mars 2021, n° 2020048008 **N° Lexbase : A801749S**.

[30] H. Le Nabasque, *L'imprévision et les cessions de droits sociaux*, Bull. Joly Sociétés, 2016, n° 09, p. 538.

[31] Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

[32] Loi n° 2018-287, du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations **N° Lexbase : L0250LKH**.

[33] Cass. civ. 3, 23 juin 2021, n° 20-17.554, FS-B **N° Lexbase : A95684WB**.

[34] V. notamment CA Bordeaux, 4 février 2020, n° 17/06550 **N° Lexbase : A15403ER** – CA Grenoble, 5 novembre 2020, n° 18/01803 **N° Lexbase : A95424Y3** – CA Paris, 20 octobre 2021, n° 21/01806 **N° Lexbase : A614749K** – CA Limoges, 5 juillet 2021, n° 20/00449 **N° Lexbase : A39444YQ** – CA Paris, 4-6, 4 juin 2021, n° 19/10047 **N° Lexbase : A09334U4** – CA Toulouse, 20 octobre 2021, n° 20/03501 **N° Lexbase : A171189A**.

[35] V. en ce sens, CA Paris, 17 janvier 2020, n° 18/01078 **N° Lexbase : A88663BY**. On pourrait toutefois objecter que, faute de sanction, cette obligation pourrait paraître bien légère. Sur ce point, L. Thibierge, *Le juge et la renégociation du contrat*, RDC, 2022, n° 3, p. 151.

[36] Nous ne développerons pas ce point. Pour plus de détail, L. Thibierge, *Le contrat d'adhésion : beaucoup de bruit pour rien ?*, RJDA, novembre 2021, p. 963.

[37] L. Thibierge, *Les effets du contrat, in* Actes du colloque consacré à « La réforme de la réforme – À propos de la loi de ratification du 20 avril 2018 » (dir. L. Andreu et L. Thibierge), AJ Contrat, juin 2018. Les travaux parlementaires prônaient explicitement l'inverse (par exemple : rapport n° 429, du 29 novembre 2017, 1ère lecture AN **[en ligne]**). V. encore les propos du sénateur F. Pillet devant la Commission mixte paritaire du 14 mars 2018 : « le texte sera systématiquement écarté, dès lors qu'un conseil quelque peu avisé participera à la rédaction du contrat. […] Ce texte restera une image dans notre Code civil, mais il ne sera jamais appliqué ! ».

[38] B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Éditions Francis Lefebvre, 2016, n° 606 ; *Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil*, BRDA 19/20 ; C. Pérès, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, JCP G, 2016, n° 454.

[39] R. Libchaber, *Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision*, D., 2020, n° 21, p. 1185.

[40] CA Versailles, 12 décembre 2019, n° 18/07183 N° Lexbase : A9242Z7G. V. également, plus ambigu, CA Pau, 8 décembre 2022, n° 22/00288 N° Lexbase : A96158YR, mêlant statut des baux commerciaux et renonciation expresse à 1195.

[41] Les célèbres arrêts du 30 juin 2022 sur les loyers dus en période « Covid » n'en disent rien (Cass. civ. 3, 30 juin 2022, trois arrêts, n° 21-20.190, FS-B N° Lexbase : A859678U, n° 21-20.127, FS-B N° Lexbase : A858778K et n° 21-19.889, FS-D N° Lexbase : A858778K).

[42] Décret n° 53-960, du 30 septembre 1953, réglant les rapports en bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal.

[43] CA Douai, 23 mai 2020, n° 19/01718 N° Lexbase : A44603C8.

[44] CA Amiens, 16 juillet 2020, n° 19/01837 N° Lexbase : A90287I9.

[45] CA Bordeaux, 27 avril 2021, n° 20/04054 N° Lexbase : A47844QA.

[46] CA Colmar, 4 mars 2022, n° 20/00803 N° Lexbase : A64067PX.

[47] CE, 5e-3e ch. réunies, 19 février 1992, n° 47265 N° Lexbase : A5498AR3.

[48] CE avis, 15 septembre 2022, n° 405540 N° Lexbase : A15959BP.

[49] CE, 2 février 1923, « Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz », n° 72521.

[50] En droit prospectif, la commission Stoffel-Munck propose une telle exclusion à l'article 1751 N° Lexbase : L8983IZQ, et dont la portée est plus générale puisqu'elle s'appliquerait à tous les contrats d'entreprise stipulés à forfait, et non pas uniquement aux marchés de construction : « les parties peuvent convenir d'un prix forfaitaire, auquel cas l'article 1195 est sans application ».

[51] V. en ce sens T. com. Paris, 11 décembre 2021, n° 2020035120 N° Lexbase : A6323393 : « sans dénaturer le texte qui doit rester d'interprétation stricte, force est de considérer que le montant du loyer contractuellement convenu est resté le même pendant les évènements et n'est donc pas devenu "excessivement onéreux" ». Dans le même sens, v. T. com., Nanterre, 8 juillet 2021, n° 2021R00249 N° Lexbase : A171543W.

[52] V. en ce sens CE, 22 février 1963, « Ville d'Avignon ».

[53] V. notamment CA Paris, 5-11, 17 janvier 2020, n° 18/01078 **N° Lexbase : A88663BY** – CA Metz, 27 mai 2021, n° 19/03346 **N° Lexbase : A66894TW** – CA Colmar, 4 mars 2022, n° 20/00803 **N° Lexbase : A64067PX** – T. com. Versailles, 20 octobre 2021, n° 2020F00301 **N° Lexbase : A54407AQ**.

[54] CA Douai, 28 novembre 2019, n° 17/00780 **N° Lexbase : A9457Z3N**.

[55] V. en ce sens l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 **N° Lexbase : A15959BP**, selon lequel « les clauses de variation des prix s'appliquent sans préjudice de l'indemnisation de l'imprévision si les conditions en sont réunies […] Le juge administratif admet que, pour suppléer à la clause insuffisante, le contractant puisse invoquer la théorie de l'imprévision ».

[56] V. en ce sens, Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 98.

[57] V. en ce sens, L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, n° 455 et s.

[58] En ce sens, L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, *passim*.

[59] CE avis, 15 septembre 2022, préc.

[60] T. com. Paris, 10 novembre 2021, n° 2021016742.

[61] CA Poitiers, 8 février 2022, n° 21/01536 **N° Lexbase : A80547MA**.

[62] CA Paris, 5-11, 25 novembre 2022, n° 22/00326 **N° Lexbase : A34188YA**.

[63] CA Aix-en-Provence, 10 novembre 2021, n° 21/01022.

[64] Pour peu que les parties n'aient pas, via une clause d'imprévision, limité la possibilité de saisine du juge, par exemple en prévoyant qu'il pourra résilier, mais non réviser le contrat.

[65] CA Paris, 28 septembre 1976, « EDF c/ Shell Française » , JCP G, 1978, II, 18810, note J. Robert – CA Nancy, 26 septembre 2007, n° 07/2073.

[Chronique] Chronique « Un usage »

N4247BZC



par l'Institut des usages
Le 27 Février 2023

Les aménités hôtelières [1]

En droit civil, la Cour de cassation a jugé que le présent d'usage désigne un cadeau fait « […] à l'occasion de certains événements, conformément à l'usage, et n'excédant pas une certaine valeur » [2]. C'est le cas notamment de la remise de la bague de fiançailles qui en dehors du cas du bijou de famille ne doit pas être restituée à la fin du mariage [3]. La qualification de présent d'usage permet aussi d'éviter le rapport de certains avantages à la succession. L'article 852 du Code civil N° Lexbase : L9993HNG dispose à cet égard : « Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage ne doivent pas être rapportés, sauf volonté contraire du disposant. Le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et compte tenu de la fortune du disposant ».

Le droit commercial connaît aussi les présents d'usage. C'est notamment le cas de certaines aménités hôtelières. Souvent désignées par l'anglicisme *amenities*, ce sont des objets ou des services ayant pour but d'apporter gracieusement du confort à l'occupant d'une chambre d'hôtel. Au sein des aménités, on distingue celles destinées à être emportées par le client, dites « produits d'accueil », de celles ayant vocation à rester la propriété de l'hôtel, dites « aménités fixes ».

Les aménités sous forme de biens sont disposées en chambre par les hôteliers. Parmi ces biens, seuls ces « produits d'accueil » généralement créés avec l'aide d'une entreprise tierce sont susceptibles d'être des présents d'usage.

Le terme d'aménité peut aussi correspondre à des services fournis par l'hôtel à ses clients (mise à disposition de fers à repasser ou de la WIFI, accès à la salle fitness, accueil des animaux…). Au sens le plus étendu – et luxueux –, les services de conciergerie des palaces prennent en compte tout type de prestation (conservations de costumes ou de bouteilles, réservation de restaurants ou de spectacles...), la seule limite étant posée par l'imagination et l'ordre public.

Certaines seulement des aménités, qu'il s'agisse de produits d'accueil ou de services, doivent être considérées comme des présents d'usage. Il s'agit de celles offertes gratuitement. D'autres, au contraire, sont onéreuses, voire soumises à de lucratives commissions. L'intérêt indirect que l'hôtelier trouve à faire ces cadeaux n'affecte pas la qualification de présent d'usage, dès lors qu'il se situe dans un cadre commercial ou par nature, toute activité participe d'un objectif final intéressé.

Comme tous les usages, la qualification de présents d'usage des aménités hôtelières supposera l'identification d'un comportement déterminé et d'une délimitation particulière aussi bien géographique que professionnelle [4]. Les aménités et parmi elles, les présents d'usage, diffèrent en effet selon le luxe de l'hôtel. À un premier niveau, elles consistent en des articles de toilette (savon, shampoing…). À un niveau supérieur, seront proposés des stylos, carnets… Il va ensuite s'agir d'alcools et de nourriture. Toutes les gammes de produits peuvent être représentées, de la mignonnette à des produits de luxe. Ces derniers peuvent provenir d'une marque renommée ou être créés

spécifiquement [5]. La fréquence de remplacement des aménités peut aussi varier ; d'une fréquence plurihebdomadaire au minimum, les hôtels les plus luxueux les font renouveler par leur personnel après chaque sortie de chambre.

Certains peuvent choisir d'adapter leurs lignes d'aménités dans un style spécifique, accordé ou non à l'origine géographique, voire aux goûts ou au statut spécifique du client [6]. Les aménités, qui sont en principe attachées à une chambre, sont dans ce cas attachées à un client.

Si la méthode de qualification du présent d'usage ne diffère pas sensiblement de celle des autres usages, la qualification usuelle de pareil geste commercial peut servir des fonctions originales **(I)** qui peuvent bénéficier d'une sécurisation contractuelle **(II)**.

I. Les fonctions de la qualification usuelle de l'aménité hôtelière

La qualification de présent d'usage peut être envisagée à des fins contractuelles **(A)**, comptables et fiscales **(B)**, mais aussi touristiques **(C)**.

A. Les fonctions contractuelles

En matière hôtelière, la qualification de présent d'usage de certaines aménités participe du contenu du contrat hôtelier. En application de l'article 1194 du Code civil [7], les usages définissent quelles aménités sont présentes dans chaque chambre et donc le contenu contractuel des obligations attendues de l'hôtelier.

Incidemment, la qualification de présent d'usage permet de déterminer si les aménités sont des présents d'usage ou des biens proposés à la vente ou au service onéreux.

À défaut de stipulation, tout objet consommable, à la durabilité limitée et peu coûteux au regard du prix de la chambre, pourrait être considéré comme offert selon l'usage.

En France tout au moins, les bouteilles d'alcool et autres denrées alimentaires déposées hors du minibar, bien que potentiellement chères, peuvent ainsi être consommées et sont donc par principe des présents d'usage [8]. L'hôtel peut également choisir de rendre payantes toutes les prestations, mais doit alors le spécifier.

B. Les fonctions comptables et fiscales

En amont de leur mise à disposition, les produits d'accueil auront été comptabilisés en charges [9].

En aval, dans la relation entre l'hôtelier et le client, il n'est pas nécessaire en principe de tenir une comptabilité, notamment sous forme de registre des biens et services rendus gracieusement à la clientèle. Il est néanmoins nécessaire de conserver les justificatifs d'achat des biens et des services offerts pour signaler qu'ils l'ont été dans le cadre de présents d'usage. Le contrat hôtelier et le classement touristique de l'hôtel serviront de justificatifs à l'engagement de la charge.

En outre, certains programmes de fidélisation peuvent inclure des cadeaux de bienvenue à des clients privilégiés (consommation offerte, surclassement…) dont la mise à disposition supposera alors un suivi. Dans ce cas aussi, la qualification de présent d'usage n'exclura pas une certaine formalisation.

En matière fiscale, les présents d'usage présentent des spécificités en matière de TVA. La question principale tient à déterminer si le fait que des biens ou des services soient fournis à titre gratuit doit réduire le droit à déduction de

l'hôtelier. Selon les textes actuels, les cadeaux de très faible valeur peuvent voir leur TVA récupérée par l'entreprise. Aux termes d'un arrêté du 9 juin 2021, la TVA est déductible sur les biens de faible valeur qui n'excèdent pas 73 euros TTC pour 2021 (69 euros TTC en 2020) [10]. Ce seuil de 73 euros TTC s'analyse par an et par bénéficiaire [11]. Au-delà de ces limites (montant TTC et condition du bénéficiaire), la TVA n'est pas déductible.

En matière d'imposition des résultats, l'entreprise hôtelière peut inscrire le coût de ces cadeaux d'affaires comme charges déductibles dans le cadre de droit commun de l'article 39, 1 du Code général des impôts N° Lexbase : L7396MDB. La qualification de présent d'usage permettra d'éviter aux comportements y afférents de constituer des actes anormaux de gestion. En la matière, « la conformité de l'acte aux usages de la profession est un argument puissant pour écarter la qualification d'acte anormal de gestion » [12].

C. Les fonctions touristiques

Le droit du tourisme français prend en compte les aménités fixes et certaines destinées à être des présents d'usage .

Le classement élaboré par le GIE « Atout France, agence de développement touristique de la France », visé par l'article L. 141-2 du Code tourisme N° Lexbase : L2452I8C, permet en France le classement des hôtels grâce à des étoiles jusqu'à la catégorie « palace » [13]. Ce classement prend en compte les aménités. Il évoque ainsi la mise à disposition de linge de toilette au point 62 du chapitre 1 dudit classement. Le minibar est pris en compte au point 87, qui précise qu'il doit contenir au moins 3 gammes de boissons et 3 gammes de produits alimentaires. Le référentiel classe les hôtels en fonction des aménités présentes en chambre et dans l'hôtel. Les palaces (hôtels 5 étoiles « plus ») remplissent toutes les conditions du référentiel, et donc comprennent au regard du droit écrit tous les types d'aménités fixes, ce qui n'est pas le cas des hôtels 5 étoiles qui se bornent à remplir les conditions du référentiel.

Au regard du droit des usages, on pourrait considérer que ce classement pointilleux et écrit, ainsi que le guide 2022 du tableau de classement de 92 pages qui l'accompagne, s'éloigne totalement d'un système usuel non-écrit. Cela est vrai. Subsiste toutefois dans ce classement quasi administratif une place pour la gratuité usuelle. Le point 87 précité relatif au mini bar signale ainsi que « Le mode de paiement (ou la gratuité) et le fonctionnement du minibar doivent être indiqués par tous moyens... ». Le point 91 évoque aussi la gratuité de l'offre wifi. En outre, rien n'interdit naturellement de répercuter le prix de ces aménités gratuites sur le prix de la chambre. On s'éloigne alors de la qualification du présent d'usage ce qui peut inviter à une sécurisation contractuelle.

II. La sécurisation contractuelle des fonctions de l'aménité hôtelière

Les hôtels précisent parfois la nature de certains biens et services mis à la disposition de leurs hôtes. Se pose alors la question du contenu **(A)** et du support **(B)** de ces clauses.

A. Le contenu des clauses relatives aux aménités hôtelières

Certaines clauses relatives aux aménités hôtelières contiennent la liste des aménités laissées à la libre disposition du client de la chambre, consentant ainsi à un éventuel transfert de propriété de ces biens objet du présent d'usage.

D'autres clauses se voulant plus dissuasives rappellent que le vol d'objets est interdit par la loi [14].

Plus finement, les hôteliers ont mis au point une clause les autorisant à débiter sur le compte de leur client tout objet manquant, à charge pour eux de préciser une première fois, en amont, quels objets précis sont concernés et leur prix, et quels objets, en aval, auront pu disparaître. C'est le service de nettoyage qui s'occupe habituellement de signaler exactement à la réception tout objet manquant, ce avant même que les clients aient rejoint l'accueil pour le *check-out*. La pratique hôtelière attend que l'auteur du prélèvement soit rentré chez lui pour débiter la carte de crédit. Cette clause doit étendre son effet hors de la chambre, aux aménités disposées ailleurs dans l'hôtel, sur les chariots du

personnel notamment, ainsi qu'aux dégradations causées, pour être véritablement efficace.

L'effet est intéressant, puisqu'il sanctionne le vol de l'aménité d'une pénalité contractuelle. Cela est bien moins coûteux en temps, énergie et surtout en image pour l'hôtelier. Le versement de la pénalité éteint l'action de l'hôtelier qui perd son intérêt à agir [15]. Il s'agit toujours juridiquement d'un vol, avec toutes les conséquences afférentes pour le client auteur de la rapine en cas de poursuite.

B. Le support des clauses relatives aux aménités hôtelières

Les clauses relatives aux aménités peuvent être convenues dans les conditions générales de service de l'hôtel. Celles-ci sont souvent personnalisées dans le cadre de conditions particulières proposées à certains clients « privilégiés ». Parmi ces conditions particulières, la mise à disposition de présents d'usage pourra être identifiée.

Elles peuvent aussi figurer dans le contrat d'hôtellerie que peut signer le client à son arrivée lors du *check-in* ou qui sera accessible en ligne ou envoyé par courriel.

Elles pourront enfin être rappelées par une affiche ou un écran dans la chambre.

La présence des seuls écriteaux situés au-dessus des peignoirs, serviettes, dans ou sur le minibar et autres éventuels objets n'est pas idéale. Elle est trop tardive pour valoir contrat hôtelier. Il paraît plus adéquat de les mentionner dans les conditions de service et sur ces écriteaux.

Le message complémentaire « Ce peignoir vous plaît ? Il est en vente à la boutique de l'hôtel » sur une étiquette accompagnant l'article confirme son exclusion de la liste des aménités faisant l'objet d'un présent d'usage… Il inclut en outre cette part de non-écrit, ou plus exactement de non-dit, qui contribue au charme des hôtels et parfois du droit.

---

[1] La présente chronique a été rédigée par Christian Guichard, Pierre Mousseron et Bertrand Quéval, respectivement Maître de conférences associé, Professeur et Master de Droit privé Économique à la Faculté de Droit de Montpellier.
[2] Cass. civ. 1, 6 décembre 1988, n° 87-15.083, publié N° Lexbase : A2971AHI : « Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir exactement relevé que les présents d'usage, qui échappent aux règles des donations, sont les cadeaux faits à l'occasion de certains événements, conformément à un usage, et n'excédant pas une certaine valeur, sans avoir précisé à l'occasion de quel événement M. X... avait fait un cadeau à son épouse et conformément à quel usage, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».
[3] Cass. civ. 1, 19 décembre 1979, n° 78-13.346, publié N° Lexbase : A5479AYL.
[4] P. Mousseron, *Droit des usages*, LexisNexis, 2021, n° 239 et s.
[5] Par exemple, la marque HDFragrances propose des lignes de parfums de luxe, de créateur et personnalisables.
[6] Un site anglophone conseille de disposer des aménités de bienvenue spécifiques au statut de VIP et VVIP en chambre.
[7] « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi » N° Lexbase : L0910KZQ.
[8] Par exemple, le château de Tilques, hôtel trois étoiles, dispose des eaux minérales dans ses chambres.
[9] Voire, préalablement à leur utilisation, en stock.
[10] Arrêté, du 9 juin 2021, portant incorporation à l'annexe IV au Code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de cette annexe N° Lexbase : L8184L4U.
[11] CGI, art. 257, II, 1, 1° N° Lexbase : L7636MD8.
[12] L. Chatain, *L'usuel et le droit fiscal, in* Customary Law Today (dir. L. Mayali et P. Mousseron), Springer, 2018, p. 75.
[13] V. Arrêté, du 22 avril 2022, modifiant l'arrêté du 4 juin 2021 modifiant l'arrêté du 3 octobre 2014 relatif à la « distinction Palace » N° Lexbase : L8394MCU.
[14] Les hôteliers n'osent d'ailleurs pas toujours poursuivre les notes impayées par égard pour la notoriété de leur client.

[15] Sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale **N° Lexbase : L9908IQZ**, qui n'ouvre l'action civile qu'à « ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

[Tribune] Boulevard des Arts

N4411BZE

par Alain Dautriat, juge commissaire au tribunal de commerce de Bobigny, écrivain et romancier
Le 28 Février 2023

Le kiosque



Dans un parc…

Comme l'a voulu le créateur [1] du « Boulevard des Arts », le désormais incontournable chapitre culturel de la Revue doit traiter simultanément de sujets économiques (droit et commerce), culturels et évidemment juridiques. Gageure qui témoigne de la férocité du directeur de la publication à l'adresse de ses auteurs qui plient sous le harnois de ces contraintes conceptuellement antinomiques. Certains survivent, récompensés par des satisfécits murmurés sur leurs écrits.

La Providence et l'actualité placent heureusement sur leur chemin des choses ou des idées au barycentre de ces oukases. Notre titre est de celles-là et nous allons le découvrir.

Comme le kebab, le mot et l'édifice viennent du Moyen-Orient et de la Turquie. Ils ont mis trois siècles pour nous parvenir. Autrement dit, Louis XIV a vu arriver les premiers. Il aurait, dit-on, préféré l'architecture proposée de Versailles…

Quel n'est pas le petit garçon ou la petite fille en promenade dans un parc et découvrant ce chapiteau, qui n'ont pas prestement lâché la main protectrice de l'adulte accompagnant pour courir, toutes bretelles dehors ou socquettes blanches en goguette, vers ce temple nouveau et parader en vérifiant dessous, ses échos et les sourires des autres promeneurs ?

Le kiosque est inscrit dans les souvenirs infantiles, associés à une queue de cheval blonde qu'il s'agissait, sur scène en quelques secondes, de conquérir pour la vie.

L’édicule poursuivit encore longtemps sa vocation ludique, récréative et sa contribution au plaisir.

Il abrita des pluies ou du soleil, entre les marronniers, combien d’orchestres, militaires au début, dont les cuivres éblouissaient les bonnes au tablier blanc, en promenade avec le landau du bambin ? Quelques militaires chamarrés et galants caressaient en passant, la joue rebondie du futur hussard, pour s’attirer les grâces de sa jeune protectrice au joli nœud blanc sur les lombaires et, avec un peu de chance, d’autres courbes.

Donc, les militaires se sont approprié les kiosques, sans coup férir, et il n’est par conséquent pas étonnant que le vocable désigne aujourd’hui la partie émergée du sous-marin.

Le plaisir ne supportant pas les limites, la musique militaire fit vite place à d’autres loisirs, mondains, mais accessibles. Les pièces de théâtre. Notre kiosque, sous son toit en zinc, vint abriter Molière, Racine ou des pièces de boulevard. On repartait heureux en pliant sa chaise. Ah ! Quelle bonne soirée. Si on allait souper chez la mère X ?

Mais il fallut rentabiliser encore la construction. Alors le kiosque distribua des journaux et puis les Américains imposèrent les Burgers et les Italiens les pizzas…



Kiosque à Pizza

La jonction « culture et commerce » venait de s’opérer.



Kiosque à journaux

Aujourd’hui, les kiosques subsistants suscitent la curiosité. Une pâleur ancestrale impatiente d’une chromatique plus

tonique balise le parcours des avenues.

Une ville a su comprendre, et c'est à son honneur, le sens émotionnel et architectural de l'édicule : Nogent-sur-Marne. Connue pour son Petit Vin blanc et d'autres intelligences, ses rues sont encore agrémentées de mini kiosques aérés, propres à une dégustation de Petit Vin blanc, ou mieux de blanc limé ou une conversation sur les dernières élections… Les chaises vous attendent, l'ombre est propice, le bistrot un peu loin, mais bon… Cela fleure le « bon vivre » et c'est bien et c'est beau.

Reste la dimension juridique sur le sujet.

Que nos collectivités territoriales n'imposeraient-elles pas ces jolis édifices dans toutes les communes où se concoctent des substances que le goût et la santé réclament ? Ainsi des communes viticoles, Meursault, Pommard, Saint-Émilion, pour que les visiteurs français ou étrangers apprécient la spécialité locale. Bien évidemment, les stations thermales auraient aussi droit à des subventions pour qu'y soient dégustés des verres de Vichy ou de Châteldon, sans modération à la différence des précédentes constructions…

Le décret devra énoncer les formes agréées (anguleuses ou ferronneries en arabesques), la nature des matériaux pour les montants et les toitures, car si les ossatures en bois devaient être retenues, nul doute que si la départementale traverse une zone d'élevage de merguez, la tentation d'y loger un barbecue sera forte et l'embrasement garanti. Tout sera donc ignifugé.

Il conviendra sûrement de bien étudier le plan de masse, l'isolation et l'isolement, car lorsque le locataire commerçant aura rangé son étal, le lieu abritera les ménagères au sortir du marché pour se soulager de leur cabas en échangeant quelques calomnies sur leur conjoint, quelques suspicions sur de troublants aller-retour dans le quartier et quelques hypothèses malveillantes sur des rondeurs abdominales nouvelles.



Kiosque pour parc ou jardin

Autre péril : il ne s'agirait pas que cette belle cabane en écorché reçoive des équipements complémentaires inappropriés sur ses parties ouvertes pour la transformer en abri pour les populations en transit, car alors se poserait la question de leur déportation avec reconduite aux frontières (de la commune mitoyenne). Le droit international doit être révisé, le droit communautaire aussi et le Code de l'urbanisme doit bien préciser la nature du scellement des chaises afin de ne pas les retrouver en brandons ou sur la chaussée. Enfin, la mini-guinguette ne doit pas favoriser le tapage nocturne et les seules activités en dehors du rafraîchissement, ne dépasseront jamais celles illustrées par Peynet, sous peine d'atteinte à la pudeur. Encore un code à amender.

En attendant cette pittoresque généralisation sur nos trottoirs, recommandons aux propriétaires terriens d'en installer un sur leur pelouse. Outre que cela sera toujours une superficie en moins à tondre et un supplément de silences dominicaux, les enfants et petits enfants pourront y faire leurs devoirs et leurs lectures, ce qui sera profitable à leurs

avenirs, car on n’a jamais vu un délinquant, inculte ou méchant, sortir d’un kiosque !

---

[1] Maître Jean Marie Leloup, bâtonnier, Cabinet Leloup Paris, Directeur de la publication.

[Chronique] Chronique de droit de la concurrence

Réf. : CA Paris, 5-4, 14 septembre 2022, n° 20/17560 N° Lexbase : A78398I8

N4323BZ7

par Muriel Chagny, Professeur des Universités en droit privé à la Faculté de droit et science politique de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (UVSQ)
Le 27 Février 2023

La prescription de l'action en dommages et intérêts exercée par la victime et initialement membre de l'entente anticoncurrentielle condamnée par l'Autorité de la concurrence

Arrêt après arrêt, la cour d'appel de Paris, laquelle occupe une place sans égale dans l'architecture institutionnelle du droit français de la concurrence, continue de prendre toute sa part à l'affinement du régime des actions en dommages et intérêts exercées par les victimes d'agissements contraires au droit des pratiques anticoncurrentielles.

Le contentieux consécutif (*follow-on*) dans lequel la procédure en indemnisation est engagée, à la suite d'une décision dans laquelle une autorité de concurrence a constaté une infraction, présente assurément pour les demandeurs en réparation de sérieux avantages sur le plan probatoire. Mais, à l'inverse, ceux-ci sont tout particulièrement exposés au jeu de la prescription, dans la mesure où l'introduction de l'action peut, en pareil cas, intervenir de nombreuses années après les faits litigieux.

Si cet obstacle radical n'est pas propre à ce type de contentieux, il n'en demeure pas moins que le risque est grand, comme la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de le souligner, qu'à défaut de possibilité de suspension ou d'interruption pendant la durée de la procédure devant l'autorité de concurrence, le délai de prescription, s'il est « trop court par rapport à la durée de ces procédures », « s'écoule avant même que lesdites procédures soient achevées » [1]. Ainsi la prescription est-elle fréquemment invoquée par les défendeurs à l'action, la discussion portant, le plus souvent, sur la détermination de la date à partir de laquelle le délai a commencé à courir.

S'il est vrai que la Directive « Dommages » du 26 novembre 2014 [2] a pris soin de consacrer, en son article 10, des dispositions relatives à la prescription tenant compte notamment de cette difficulté, il reste que, pour des raisons tenant à l'application dans le temps des dispositions nationales issues de la Directive [3], les juridictions appelées à se prononcer ont pour le moment statué sur le fondement, non pas des nouvelles règles, mais du droit commun de la prescription, au moment de déterminer le point de départ du délai.

Dans nombre d'arrêts adoptés jusqu'alors en application des règles de droit commun, il a été jugé que la prescription avait commencé à courir seulement à compter de la décision au fond de l'autorité de concurrence [4]. Il ne faudrait pas pour autant considérer que cette solution, favorable aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, vaut en toute occurrence. La décision de la cour d'appel de Paris en date du 14 septembre 2022 doit à cet égard retenir l'attention des plaideurs et de leurs conseils.

Il s'agit d'un nouvel épisode d'une affaire (connue comme celle de la signalisation routière verticale) dans laquelle l'Autorité de la concurrence a condamné les principaux fabricants de panneaux de signalisation routière verticale pour avoir mis en place, pendant plusieurs années, un cartel, au terme d'une décision définitive [5].

Une assignation en dommages et intérêts avait été délivrée à l'encontre des cartellistes, peu après cette décision de l'autorité spécialisée, par une société (ultérieurement placée en liquidation judiciaire) ainsi que par son dirigeant et associé majoritaire. En dépit de la brièveté du délai, quelques mois seulement séparant la condamnation par l'autorité de concurrence et l'action judiciaire en réparation, la cour d'appel juge cette dernière prescrite.

Il ne faudrait cependant pas considérer que cette décision s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence antérieure de cette juridiction. Elle se place au contraire dans son sillage et s'attache d'ailleurs, selon ses propres termes, à « prendre en considération la spécificité de la faute civile invoquée et le dommage en découlant ». Mais la singularité du litige, tenant à ce que le demandeur en réparation avait, dans un premier temps, pris part à l'entente, se répercute sur la détermination du point de départ de la prescription qui, souligne la cour d'appel, doit s'effectuer *in concreto*.

Cette solution mérite d'autant plus l'approbation qu'elle est en ligne avec celle dégagée par la Cour de justice dans son arrêt préjudiciel du 22 juin 2022 [6] et qu'elle est pleinement conforme à la lettre de l'article 2224 du Code civil **N° Lexbase : L7184IAC**, ainsi que le souligne la cour d'appel. « En fixant le point de départ du délai de prescription au jour de la connaissance, effective ou présumée au regard des circonstances de fait et de droit, des faits permettant l'exercice du droit, l'article 2224 du Code civil (à l'instar de la jurisprudence établie en application de l'ancien article 2270-1 du Code civil **N° Lexbase : L2557ABC**) le rattache au jour de la connaissance déterminée concrètement des faits donnant naissance à son intérêt à agir par son titulaire », est-il indiqué.

L'arrêt poursuit en relevant, à propos de la manifestation du dommage à la victime, que l'autorité spécialisée a constaté, dans sa décision, que la société demanderesse a participé à l'entente pendant trois années, entre 1997 et 2000. Il mentionne aussi des déclarations du dirigeant de cette société explicitant « très précisément », lors de son audition par les services d'instruction de l'autorité de concurrence, « le fonctionnement du cartel ». Il en est déduit que « toutes ces informations obtenues en leur qualité de membre du cartel permettaient aux appelants d'avoir une connaissance suffisamment certaine du caractère illicite de la pratique et du dommage en découlant ». À l'examen de cet arrêt, il apparaît ainsi que la qualité d'auteur d'une pratique anticoncurrentielle, si elle ne prive pas en principe du droit de solliciter l'indemnisation des préjudices causés par celle-ci [7], n'est pas exempte de conséquences quant au point de départ de la prescription.

La cour d'appel examine ensuite plusieurs arguments avancés par les demandeurs en réparation en vue d'écarter le jeu de la prescription pour les réfuter l'un après l'autre.

Ces derniers faisaient valoir, pour commencer, que, dans la même affaire de la signalisation routière verticale, les juridictions administratives, statuant sur les actions exercées par des collectivités territoriales, avaient, à plusieurs reprises, fixé le point de départ de la prescription à la date de la décision de l'Autorité de la concurrence. Il leur est rétorqué qu'ayant pris part initialement à l'entente, leur situation ne saurait être comparée à celle des personnes publiques, qui ayant seulement contracté avec les membres du cartel, « n'étaient donc pas en position d'en connaître le fonctionnement avant de prendre connaissance de la décision caractérisant précisément lesdites pratiques et identifiant leurs auteurs ».

L'arrêt du 14 septembre 2022 met encore en lumière la différence de régime existant, du point de vue de la prescription, entre la solution introduite par la Directive « Dommages » et celle fondée sur le droit commun de la prescription. L'article L. 482-1 du Code de commerce **N° Lexbase : L2267LDC** dispose, conformément à l'article 10, § 2 de la Directive, que « la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé », mais il n'est pas applicable *ratione temporis* au litige en cause. Dès lors, et comme l'indique la cour d'appel, « il convient de prendre en compte la date de manifestation du dommage révélé à la demanderesse à la réparation et non la date de fin des pratiques anticoncurrentielles ayant causé ce dommage ».

Il est enfin fait brèche à l'argumentation selon laquelle les pratiques illicites se seraient renforcées à l'égard du demandeur en réparation après son départ du cartel en 2000, dans la mesure où il s'agit « des mêmes pratiques » que celles auxquelles la société avait originairement pris part et « dont le mécanisme et les auteurs étaient parfaitement connus par les appelants et qui n'ont fait que se répéter dans le temps ».

En définitive, la cour d'appel considère que le demandeur en réparation, initialement membre du cartel, avait, au moment de son départ de l'entente courant 2000, « la connaissance de l'ensemble des faits nécessaires, c'est-à-dire la connaissance de l'identité de la totalité des acteurs et la parfaite appréhension des modalités de fonctionnement du cartel et d'un dommage en découlant, pour exercer un droit à réparation et agir utilement devant la juridiction commerciale ». Par conséquent, il y a lieu de retenir cette date comme point de départ de la prescription, peu important que la décision de l'Autorité de la concurrence soit postérieure.

Il est permis de penser que ce raisonnement, suivi en faisant application du droit commun de la prescription, pourrait aussi être retenu, dans le futur, sur le fondement de l'article L. 482-1 du Code de commerce, issu de la transposition de la Directive « Dommages » et dont la jurisprudence paraît s'être inspirée par anticipation lorsqu'elle statue au regard des règles de prescription du Code civil.

Il ne faudrait cependant pas considérer, à partir de l'arrêt du 14 septembre 2022, que n'importe quel élément de connaissance de la part du titulaire suffit à faire courir le délai de prescription. En effet, la cour d'appel de Paris a précédemment jugé, dans un litige également lié à l'affaire de la signalisation routière verticale, que la circonstance que la société demanderesse ait « dès 1999, adapté sa politique commerciale pour contrevenir à l'entente, ne peut établir qu'elle avait, à cette époque, une connaissance précise du cartel sur son fonctionnement et sur ses membres, de nature à lui permettre d'intenter une action en dommages-intérêts » et que « le fait que son ancien dirigeant ait antérieurement occupé des fonctions au sein de sociétés cartellistes », ne lui conférait pas davantage « une parfaite connaissance de l'existence et du périmètre du cartel » [8].

Dans une autre affaire concernant cette fois un médicament, la même formation a jugé que le demandeur en réparation, s'il disposait d'informations en raison de son rôle pivot et de sa participation active à l'instruction devant l'autorité de concurrence, ne bénéficiait toutefois pas d'une connaissance suffisamment certaine du caractère illicite des pratiques telle qu'elle permette de faire courir la prescription [9].

Par où l'on voit qu'au moment de fixer le point de départ de la prescription, tout est affaire d'espèce et d'appréciation concrète. De ce point de vue, la situation d'une victime ayant participé à la pratique anticoncurrentielle au titre de laquelle elle demande réparation ne semble pas pouvoir être confondue avec celle d'une autre victime.

---

[1] CJUE, 28 mars 2019, aff. C-637/17, Cogeco Communications Inc. c/ sport TV Portugal SA, points 51 et 52 N° Lexbase : A2854Y7T.

[2] Directive (UE) n° 2014/104, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne N° Lexbase : L9861I4Y.

[3] CJUE, 22 juin 2022, aff. C-267/20, Volvo AB c/ RM N° Lexbase : A168178R, qualifiant l'article 10 de la Directive de disposition substantielle au sens de l'article 22, § 1 du même texte.

[4] V. CA Paris, 5-4, 28 février 2018, n° 15/11824 N° Lexbase : A95229AW, Actuconcurrence, obs. M. Chagny – Cass. com., 27 janvier 2021, n° 18-16.279, F-D N° Lexbase : A17454ED – CA Paris, 5-4, 17 juin 2020, n° 17/23041 N° Lexbase : A79283NX – CA Paris, 5-4, 14 avril 2021, n° 19/19448 N° Lexbase : A42494P3, RJCom, décembre 2021, obs. M. Chagny.

[5] Aut. conc., décision n° 10-D-39, du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale N° Lexbase : X9268AHQ – CA Paris, 5-7, 29 mars 2012, n° 2011/01228 N° Lexbase : A8128IG7 – Cass. com., 28 mai 2013, n° 12-18195, F-D N° Lexbase : A9636KEM.

[6] CJUE, 22 juin 2022, aff. C-267/20, Volvo AB c/ RM, préc.

[7] CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage Ltd c/ Bernard Crehan N° Lexbase : A0040DSB.

[8] CA Paris, 5-4, 28 février 2018, n° 15/11824 N° Lexbase : A95229AW – Cass. com., 27 janvier 2021, n° 18-16.279, F-D N° Lexbase : A17454ED.
[9] CA Paris, 5-4, 9 février 2022, n° 19/19969 N° Lexbase : A18707US.

[Chronique] Chronique de droit de la distribution

N4407BZA



par Jean-Marie Leloup, Docteur en Droit, Avocat au Barreau de Paris, ancien Bâtonnier de l'Ordre de Poitiers
Le 06 Mars 2023

- **La nécessaire conformité des décisions nationales aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (Cass. com., 16 novembre 2022, n° 21-17.423, FS-B N° Lexbase : A28488TN)**

L'année 2022 est particulièrement riche en décisions relatives au droit de l'agence commerciale. Ceci est dû notamment au changement intervenu à la présidence de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation le 1er septembre.

Ce changement a entrainé, c'est heureux, une modification de la jurisprudence de la Chambre expressément déclarée dans un arrêt du 16 novembre 2022 [1].

Il s'agit de la situation dans laquelle le mandant rompt le contrat en respectant le préavis, circonstance qui exclut la faute de l'agent commercial, puis ultérieurement le mandant invoque une faute sur laquelle il s'appuie pour refuser l'indemnité de cessation de contrat.

Le changement de jurisprudence est énoncé expressément dans l'arrêt du 16 novembre 2022, en son point 13. La Chambre commerciale se conforme ainsi à la décision de la Cour de justice du 28 octobre 2010 [1], fondée sur l'article 18, a), de la Directive du 18 décembre 1986 [2], qui a jugé que « l'agent commercial ne peut pas être privé de son droit à indemnité en vertu de cette disposition lorsque le commettant établit, après lui avoir notifié la résiliation du contrat moyennant préavis, l'existence d'un manquement de cet agent qui était de nature à justifier une résiliation sans délai de ce contrat ».

La faute inconnue ou non évoquée au moment de la rupture ne peut plus être invoquée ensuite.

Cette position nette de la Cour de justice avait cependant été combattue par un arrêt hérétique de la Chambre commerciale du 24 novembre 2015 [3]. Cesse enfin cette singularité du droit français parmi les droits de l'Union européenne, réservant aux agents commerciaux français un sort différent, au prétexte d'une interprétation erronée du terme « négocier » [4] de 2008 à 2020 avec refus de la Chambre commerciale de poser une question préjudicielle, ruinant ainsi des professionnels, en des espèces où elle en avait l'obligation et où les représentants du parquet le lui avaient suggéré.

L'arrêt du 16 novembre 2022, cassant l'arrêt prononcé le 6 mai 2021 par la cour d'appel de Versailles [5] selon les errements passés de la Cour de cassation, indique : « l'agent commercial ne peut pas être privé de son droit à indemnité lorsque le commettant établit, après lui avoir notifié la résiliation du contrat moyennant préavis, l'existence d'un manquement de cet agent qui était de nature à justifier une résiliation sans délai de ce contrat ».

Il faut une faute grave invoquée au moment de la rupture pour mettre fin au contrat sans indemnité.

Si la faute est antérieure, connue et non invoquée, elle n'est pas grave : on n'oublie pas ce qui est grave.

Si elle n'est pas connue, elle ne peut justifier la rupture qui ne peut s'accepter sans indemnité qu'en cas de faute grave [6].

Le même arrêt insiste sur le caractère impératif de l'article R. 134-3 du Code de commerce N° Lexbase : L9998HYX : l'agent a le droit d'exiger de son mandant qu'il lui fournisse toutes les informations notamment comptables pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues, même si l'agent n'apporte aucun élément de nature à justifier une activité de sa part avant la cessation du contrat dans les secteurs visés auprès des clients concernés.

- **La considération de mandant de la personne d'un associé dans les sociétés d'agence commerciale (Cass. com., 29 juin 2022, deux arrêts, n° 20-11.952, F-B N° Lexbase : A857978A et n° 20-13.228, F-B N° Lexbase : A858078B)**

Une société d'agence commerciale commet-elle une faute grave si elle n'informe pas son mandant de tout changement conduisant à la perte par un associé de la gérance, soit de la direction effective et permanente de la société, soit du contrôle majoritaire de celle-ci ?

C'est exactement la question que posent les arrêts du 29 juin 2022 [8], qui ont les honneurs de la Revue de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation en son numéro 8, paru en octobre 2022.

La Cour de cassation, contrairement à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui s'exprime notamment dans un arrêt du 17 février 2022 [7], décide que dans une société d'agence, le changement de la personne du gérant ou d'un animateur principal ou la modification du contrôle majoritaire doit être soumis à l'agrément du mandant, faute de quoi la société d'agence commettrait une faute grave provoquant la rupture du contrat par le mandant sans indemnité.

Il faut d'abord examiner la rédaction de la clause *intuitu personæ* : s'il est écrit « la société mandante informera » , sans même préciser un temps pour informer, la réalisation du changement ne peut être sanctionnée.

Il en va différemment si la clause est précise et impose une information précédant la mutation : « le changement de président de la société mandataire sera soumis à l'approbation de la société mandante trois mois avant la réalisation de l'évènement. Toute infraction à cette obligation sera considérée comme une faute grave de la société mandataire ».

Que l'information soit due ce n'est pas douteux, en vertu de l'article L. 134-4 du Code de commerce, qui prévoit expressément un devoir réciproque d'information, et précisément, si la société d'agence fait connaître les modifications intervenant dans sa structure, combien il est nécessaire que les mandants informent aussi sur l'organisation générale de leur société et sur les personnes qui viendraient à collaborer avec les agents dans la zone d'action de ceux-ci.

Il doit y avoir réciprocité des devoirs et des informations nécessaires : combien de directeurs commerciaux, combien de responsables techniques sont mutés, évincés, remplacés sans que les agents commerciaux n'en soient informés ? Et bien entendu, les dirigeants au plus haut niveau doivent être révélés au réseau commercial.

Ensuite, nous sommes dans un statut d'ordre public. Il apparaît difficile d'y décider par la volonté d'une partie ou des deux de définir ce qui est fautif ou non. Seul le juge est en mesure de le faire.

Enfin, on connaît l'économie du contrat d'agence commerciale : rémunéré entièrement à la commission, donc ne coûtant que s'il rapporte, l'agent commercial se trouve dépossédé de la part de marché qu'il a constituée en commun avec le mandant, mais pour le mandant, au jour où le contrat prend fin.

La clientèle, conquise parfois au long de longues années, lui devient étrangère à l'instant de la fin du contrat.

La disparition de l'agent ne pouvant permettre au mandant de recueillir sans indemnité la clientèle qui avait été travaillée en commun, l'agent personne physique, s'il vient à décédé [8] ou se trouve dans l'impossibilité physique de travailler [9] reçoit, ou sa succession, l'indemnité compensatrice.

Si ces évènements frappent l'associé, en considération duquel le contrat a été conclu avec une personne morale, la clause de considération de la personne permet-elle au mandant de tenir le contrat pour rompu par la société mandataire donc sans indemnité ?

L'*intuitu personæ* mettrait le mandant dans une situation beaucoup plus favorable que s'il avait traité avec une personne physique.

La cour d'appel de Paris n'était donc pas dans l'erreur en déniant la validité à cette clause de considération de la personne, comme elle l'a fait par exemple le 17 février 2022 [10].

La validité de la clause de considération de la personne n'est pas acquise.

---

[1] CJUE, 28 octobre 2010, aff. C-203/09, Volvo Car Germany GmbH c/ Autohof Weidensdorf GmbH **N° Lexbase : A7809GC9**, D., 2010, n° 39, p. 2575, obs. E. Chevrier.
[2] Directive n° 86/653, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants **N° Lexbase : L9726AUR**.
[3] Cass. com., 24 novembre 2015, n° 14-17.747, F-D **N° Lexbase : A0802NYD**.
[4] V. RJCom., 2020, n° 4, p. 331 et suivantes.
[5] CA Versailles, 6 mai 2021, n° 19/08531 **N° Lexbase : A00484R9**.
[6] C. com., art. L. 134-13, 1° **N° Lexbase : L5661AII**.
[7] CA Paris, 5-5, 17 février 2022, n° 19/19862 **N° Lexbase : A43737NB**, RJCom., 2022, n° 4, p. 352 et s., obs. J.-M. Leloup.
[8] C. com., art. L. 134-12, al. 3 **N° Lexbase : L5660AIH**.
[9] C. com., art. L. 134-13, 2°, préc.
[10] CA Paris, 5-5, 17 février 2022, n° 19/19862, préc.

[Le point sur...] Commentaire de la loi de finances pour 2023

Réf. : Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023 N° Lexbase : L4794MGN

N4319BZY



par Arnaud de Bissy, Professeur à l'Université de Toulouse Capitole
Le 27 Février 2023

La loi de finances pour 2023, définitivement adoptée par le Parlement le 17 décembre 2022, a été publiée au Journal officiel du 31 décembre 2022.

Sauf dispositions contraires (auquel cas nous le soulignons dans nos commentaires), la présente loi s'applique : 1) à l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année 2022 et des années suivantes ; 2) à l'impôt sur les sociétés dû au titre des exercices clos à compter du 31 décembre 2022 ; 3) à compter du 1er janvier 2023 pour les autres dispositions fiscales [1].

Les conditions d'adoption de la loi de finances ont été particulières puisque, faute de majorité claire, le Gouvernement a systématiquement utilisé la procédure prévue à l'article 49, alinéa 3, de la Constitution N° Lexbase : L1311A9G, qui permet au Premier ministre d'engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la Sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure est déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent. De la sorte, le texte finalement promulgué le 30 décembre dernier a été très peu enrichi au cours de la discussion parlementaire.

La loi de finances pour 2023 a été soumise à la censure du Conseil constitutionnel, essentiellement pour des problèmes de procédure (et notamment le grief tiré de l'utilisation de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution précité), mais à l'exception de quelques cavaliers budgétaires, elle a été validée dans son intégralité [2].

Parmi les dispositions invalidées par les sages du Palais Royal, on peut citer :

- l'article 82, qui modifiait le Code des douanes afin de prévoir que l'autorité judiciaire communique à l'administration des douanes toute information qu'elle recueille, à l'occasion de toute procédure judiciaire, de nature à faire présumer une infraction commise en matière douanière ou une manœuvre quelconque ayant eu pour objet ou pour résultat de frauder ou de compromettre le recouvrement de certains droits ou taxes ;
- l'article 83, qui prévoyait que les agents des finances publiques sont déliés du secret professionnel à l'égard des assistants spécialisés détachés ou mis à disposition par l'administration fiscale en application de l'article 706 du Code de procédure pénale N° Lexbase : L0543LTB ;
- l'article 98, qui habilitait le Gouvernement à prendre par ordonnance toutes mesures relevant du domaine de la loi pour modifier l'article 60 du Code des douanes N° Lexbase : L0681ANK afin de

préciser le cadre applicable à la conduite des opérations de visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes, sur l'ensemble du territoire douanier ;

- l'article 187, qui réduisait le nombre des membres de la Commission des infractions fiscales.

Nous commentons ci-après les principales dispositions de la loi de finances pour 2023, en distinguant comme de coutume selon qu'elles concernent l'entrepreneur **(I)** ou l'entreprise **(II)**.

I. Fiscalité de l'entrepreneur

A. Impôt sur le revenu (règles générales)

Imposition des revenus de 2022 [3] – Les limites de chacune des tranches du barème de l'IR applicable aux revenus de 2022 sont relevées dans la même proportion que la hausse prévisible des prix hors tabac pour l'année considérée (**5,4 %,** contre 1,4 % l'année dernière).

Tranches (€) **(revenu pour une part de quotient familial)**	**Taux (%)**
N'excédant pas 10 777	0
De 10 777 à 27 478	11
De 27 478 à 78 570	30
De 78 570 à 168 994	41
Au-delà de 168 994	45

Revalorisation annuelle des différents seuils fiscaux [4] – De nombreux seuils et montants fiscaux sont réévalués chaque année comme les tranches du barème de l'IR.

Décote d'IR en faveur des contribuables modestes Limites pour l'application de la décote (IR brut) : • Célibataires, divorcés, séparés ou veufs • Couples mariés ou pacsés, soumis à imposition commune Plafonds retenus pour le calcul de la décote : • Célibataires, divorcés, séparés ou veufs • Couples mariés ou pacsés, soumis à imposition commune	**1 840 €** **3 045 €** **833 €** **1 378 €**
Limite du revenu fiscal de référence au-dessous de laquelle les contribuables sont susceptibles de bénéficier d'un taux nul de prélèvement à la source Pour la détermination du taux applicable entre le 1 er janvier et le 31 août 2023 Pour la détermination du taux applicable entre le 1 er septembre et le 31 décembre 2023	**26 065 €** **27 473 €**

Abattement en faveur des personnes âgées ou invalides Revenu net global n'excédant pas **16 410 €** Revenu net global compris entre **16 410 €** et **26 400 €**	 **2 620 €** **1 310 €**
Abattement forfaitaire de 10 % Frais professionnels des salariés : • Minimum • Maximum Abattement sur les pensions : • Minimum • Maximum	 **472 €** **13 522 €** **422 €** **4 123 €**
Limite de déduction des avantages en nature consentis par le contribuable à des enfants majeurs ou des personnes âgées de plus de 75 ans vivant sous son toit	**3 786 €**

Plafond de versement retenu pour la réduction d'IR au titre des dons effectués en **2023** au profit d'organismes d'aide aux personnes en difficulté	**1 000 € (1)**
Seuil d'application de la taxation d'après les signes extérieurs de richesse	**50 447 €**
Montant des revenus nets non agricoles au-delà duquel les déficits agricoles ne sont pas imputables sur le revenu global	**119 675 €**
Limites des tranches de la retenue à la source sur les salaires et pensions versés en **2023** à des personnes non domiciliées en France : • 0 % • 12 % • 20 %	**Jusqu'à 16 050 €** **De 16 050€ à 46 557€** **Au-delà de 46 557 €**

Taxe sur les salaires Limites des tranches du barème sur les salaires versés en **2023** : • 4,25 % • 8,50 % • 13,60 % Montant de l'abattement prévu en faveur des organismes à but non lucratif	**Jusqu'à 8 572 €** **De 8 572€ à 17 113€** **Au-delà de 17 113 €** **22 535 €**
Plafonnement général des effets du quotient familial (par demi-part supplémentaire au-delà du quotient de base)	**1 678 €**
Abattement lié au rattachement d'enfants mariés, pacsés ou chargés de famille [5]	**6 368 €**
Plafond de déduction des pensions alimentaires versées à des enfants majeurs	**6 368 €**

- La loi de finances pour 2021 a prorogé le relèvement du plafond à 1 000 € pour l'imposition des revenus de 2021 et la loi de finances pour 2022 l'a de nouveau prorogé jusqu'au 31 décembre 2023.

Réévaluation triennale des limites de recettes ou de chiffres d'affaires [6] – La dernière réévaluation des différents seuils professionnels datait de la loi de finances pour 2020 et s'appliquait aux années 2020, 2021 et 2022 [7]. **Les nouvelles limites exprimées ci-dessous s'appliquent aux années 2023, 2024 et 2025.**

Limites supérieures du régime "Micro-BIC"	
• Ventes de marchandises, prestations d'hébergement	**188 700 €**
• Autres prestations de services	**77 700 €**
Limites supérieures du régime "Micro-BNC"	**77 700 €**
Limite supérieure du régime "Micro-BA"	**91 900 €**

Limites supérieures de la "Franchise en base" TVA	
Régime général :	
Ventes de marchandises, prestations d'hébergement :	
• Limite ordinaire • Limite majorée	**91 900 €** **101 000 €**
Autres prestations de services :	
• Limite ordinaire • Limite majorée	**36 800 €** **39 100 €**
Avocats, auteurs, artistes-interprètes :	
• Limite ordinaire • Limite majorée	**47 700 €** **58 600 €**

Limites supérieures du régime réel simplifié BIC et TVA (1) • Ventes de marchandises, prestations d'hébergement • Autres prestations de services	 **840 000 €** **254 000 €**
Limites au-delà desquelles le régime simplifié TVA prend immédiatement fin (2) • Ventes de marchandises, prestations d'hébergement • Autres prestations de services	 **925 000 €** **287 000 €**
Limites en deçà desquelles les exploitants relevant du régime réel simplifié sont dispensés de tenir un bilan • Ventes de marchandises, prestations d'hébergement • Autres prestations de services	 **176 000 €** **61 000 €**

- A. ECOE2237323A, 30 décembre 2022 (art. 1). CIBS art. L.162-4.
- A. ECOE2237323A, 30 décembre 2022 (art. 1). CIBS art. L.162-5.

Aménagement et extension du prélèvement à la source [8] – Depuis l'imposition des revenus de 2019, on rappelle que l'impôt sur le revenu (IR) est obligatoirement prélevé à la source. Dans ce régime, il est fait une distinction entre **la retenue à la source**, qui est pratiquée par le débiteur du revenu (le plus souvent l'employeur) et reversée par lui à l'administration, et **l'acompte**, directement par l'administration fiscale sur le compte du contribuable, qui concerne les bénéfices professionnels ainsi que les revenus fonciers. Dans les deux situations, l'administration calcule un taux unique pour chaque foyer fiscal, sur la base des revenus de N-2 (prélèvements de janvier à août N), et de N-1 (prélèvements de septembre à décembre). Le contribuable peut moduler à la baisse le taux du prélèvement à la source (PAS) s'il estime que l'impôt finalement dû sera inférieur de plus de 10 % à celui qui serait dû si l'on avait maintenu le taux initial. Si l'administration n'est pas en mesure de calculer le taux du prélèvement à la source, ou si le contribuable a opté pour la confidentialité, il est fait application d'un taux par défaut, déterminé au moyen de grilles tenant compte du montant mensuel du versement soumis au PAS et de la domiciliation du contribuable (métropole ou outre-mer).

Pour l'imposition des revenus perçus à compter du 1er janvier 2023, on note trois évolutions :

- les limites des tranches de revenus pour l'application du taux proportionnel qu'elles prévoient sont majorées de 5,4 %, comme le barème progressif de l'IR *(v. supra)* ;
- le seuil d'application de la modulation à la baisse du PAS est ramené à 5 % ;
- lorsque le contribuable exerçant une activité professionnelle en France est rémunéré par un employeur étranger qui n'est astreint à aucune obligation sociale en France, par application de l'article 13 du Règlement (UE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 [9], le PAS est prélevé sous forme d'acompte et non plus de retenue à la source. En pratique, la mesure concerne les travailleurs frontaliers dont l'employeur est installé à l'étranger et qui effectuent une partie de leur activité en télétravail à leur domicile en France. Il était en effet difficile d'exiger des employeurs étrangers les mêmes obligations fiscales que leurs homologues français. En revanche, la mesure ne s'applique pas aux travailleurs détachés en France par une entreprise étrangère (retenue à la source dans ce cas).

B. Investissements mobiliers et immobiliers

Prolongation de la réduction d'IR « Madelin » pour souscription au capital des PME [10] – Sous certaines conditions et modalités, les contribuables personnes physiques peuvent bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à raison des versements effectués au titre de la souscription en numéraire au capital des sociétés non cotées soumises à l'IS [11], mais également au capital des entreprises solidaires d'utilité sociale [12] et aux « foncières solidaires » [13]. Normalement, le taux de la réduction d'impôt est de 18 % du montant des versements, mais ce taux a été porté à 25 % de façon transitoire par la loi de finances pour 2018 [14]. Les lois de finances postérieures ont ensuite repoussé le terme de la mesure, et en dernier lieu jusqu'au 31 décembre 2022. La loi de finances pour 2023 le repousse une nouvelle fois ; le taux de 25 % s'appliquera encore aux versements effectués jusqu'au 31 décembre 2023.

À noter : comme chaque année, la mesure est subordonnée à l'aval de la Commission européenne et à la parution d'un décret (ce décret précisera la date à partir de laquelle les versements seront pris en compte pour le calcul de la

réduction d'impôt à 25 %).

C. Imposition du capital

Application du régime des cessions de parts aux transmissions d'entreprises individuelles ayant opté pour leur assimilation à une EURL [15] – La loi du 14 février 2022 [16] a institué un statut unique et protecteur pour les entrepreneurs individuels [17]. Le statut d'EIRL n'est plus accessible, mais les EIRL existantes continuent de fonctionner avec leur régime juridique et fiscal [18].

Au plan fiscal, le législateur avait quelque peu anticipé la loi du 14 février 2022 précitée en adoptant un régime quasiment identique à celui de l'EIRL [19]. Le régime est donc connu : l'entrepreneur individuel relève de l'impôt sur le revenu, mais il peut opter pour son assimilation à une EURL ou une EARL [20], ce qui vaut option pour l'impôt sur les sociétés [21].

En pratique, le régime fiscal mis en place va inévitablement soulever une double difficulté ; la première liée à l'assimilation d'une entreprise individuelle à une société, et la seconde liée à l'application de l'IS à un simple patrimoine professionnel. Nous passerons sur la seconde difficulté (du moins pour l'instant), pour nous concentrer sur la première à laquelle répond (partiellement), l'article 23 de la loi de finances pour 2023 objet du présent commentaire.

Concrètement, dans la mesure où, selon les propres termes de la loi, l'assimilation fiscale de l'entreprise individuelle à une EURL ou une EARL vaut « pour l'application du présent code et de ses annexes », on est conduit à considérer que, fiscalement, au cas de cession ou de transmission de l'entreprise, la mutation est réputée porter sur des parts sociales et non sur des actifs [22]. D'où un flot de questions relatives au régime fiscal applicable, et, pour ce qui nous occupe dans l'immédiat, celle de l'application des droits de mutation.

En ce qui les concerne, le législateur a pris ses responsabilités ; le nouvel article 726, I bis du CGI **N° Lexbase : L5598MAL** dispose que « sont assimilées à des cessions de droits sociaux mentionnées au I du présent article les cessions d'entreprises individuelles ou d'entreprises individuelles à responsabilité limitée ayant exercé l'une des options prévues aux 1 et 2 de l'article 1655 sexies ». Ainsi, aussi bien pour les cessions d'entreprises individuelles que d'EIRL, il convient d'appliquer le barème prévu au I de l'article 726, c'est-à-dire, puisque l'assimilation porte sur des sociétés dont le capital est divisé en parts sociales, un droit de 3 % sur le prix après application d'un abattement de 23 000 € (mais 5 % s'il s'agit de parts d'une société à prépondérance immobilière).

Pour autant, toutes les difficultés ne sont pas résolues :

- d'abord, celle relative à l'application de l'abattement de 23 000 €. On rappelle en effet que cet abattement vaut pour une cession portant sur la totalité du capital social (à défaut, il ne s'applique que proportionnellement au nombre de titres cédés). Si la totalité de l'entreprise est cédée, on peut estimer que l'abattement de 23 000 € s'appliquera dans son intégralité, mais quid si tous les actifs ne sont pas cédés ? Comment, dans ce cas, calculer la proportion d'abattement de 23 000 € auquel peut prétendre l'acquéreur
- ensuite, la question de l'assiette du droit de 3 % (ou de 5 %). Lorsqu'il s'agit d'une véritable cession de titres, la valeur de ces derniers tient compte du passif social. Si le passif d'une entreprise individuelle est repris en totalité ou partiellement, doit-on estimer qu'il doit être traité comme une charge augmentative de prix (solution classique lors d'une reprise d'entreprise individuelle), ou bien doit-on calculer les droits sur le prix effectivement payé (*ie* : en déduisant les dettes de la valeur brute des actifs repris) ?

Différé de la révision des valeurs locatives des locaux d'habitation [23] – Le calendrier, qui avait été fixé par la loi de finances pour 2020 [24] pour la révision des valeurs locatives des locaux d'habitation et de ceux servant à l'exercice d'une activité salariale à domicile, est décalé de deux ans. Les résultats des évaluations devraient être

intégrés dans les bases d'imposition de 2028, avec une valeur locative au 1er janvier 2025 (et non au 1er janvier 2023).

Élargissement du périmètre et relèvement des taux de la taxe sur les logements vacants [25] – Les logements vacants, sauf contre la volonté du propriétaire, depuis au moins un an au 1er janvier de l'année d'imposition et qui sont situés sur le territoire de communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants où existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur le parc résidentiel (« zones tendues » délimitées par décret), sont soumis à une taxe spéciale qui est assise sur leur valeur locative foncière brute [26]. En outre, faute de taxe d'habitation exigible sur de tels logements, les communes concernées peuvent voter une augmentation de 5 % à 60 % de la taxe d'habitation sur les résidences secondaires leur revenant au titre des logements meublés [27].

Cette fiscalité est sensiblement alourdie par les trois mesures qui suivent :

- afin de lutter contre les propriétaires qui déclarent un logement « vacant » alors qu'il s'agit d'une résidence secondaire dont la taxe d'habitation a sensiblement augmenté, le taux de la taxe sur les logements vacants est porté à 17 % la première année (au lieu de 12,5 %) et 34 % les années suivantes (au lieu de 25 %), soit une augmentation de 36 % ;
- la taxe s'appliquera également à des logements situés sur le territoire de communes n'appartenant pas à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants, mais qui connaissent un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements ;
- la possibilité offerte aux communes d'augmenter la taxe d'habitation sur les résidences secondaires s'appliquera aussi sur de telles zones. En revanche et par ricochet, la possibilité pour les communes d'assujettir à la taxe d'habitation les logements vacants situés en dehors de ces zones [28] se trouve mécaniquement réduite.

D. Contrôle fiscal

Demande immédiate de relevé de comptes dans le cadre d'un ESFP [29] – Aux termes du 4ème alinéa de l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales N° Lexbase : L3160LCZ, l'avis envoyé ou remis au contribuable avant l'engagement d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle peut comporter une demande des relevés de compte. Sont concernés les comptes bancaires, les comptes d'épargne ou encore les comptes courants d'associés. À défaut de produire ces relevés dans un délai de 60 jours à compter de la demande administrative, la durée de l'ESFP – normalement limitée à un an – est prorogée le temps nécessaire au vérificateur pour obtenir les renseignements demandés auprès du teneur de compte [30]. Jusqu'à présent, il n'était pas possible à l'administration d'interroger directement le teneur de compte, dès l'engagement de l'ESFP*.* Cela est désormais possible à compter des ESFP engagés depuis le 1er janvier 2023, mais uniquement pour les comptes tenus par des établissements financiers (cela exclut notamment les comptes courants d'associés). En contrepartie, l'avis de vérification devra comporter la liste des comptes connus de l'administration et pour lesquels les relevés sont directement demandés aux établissements financiers [31].

II. Fiscalité de l'entreprise

A. Imposition des bénéfices

1) Dispositions communes à l'IR et l'IS

Élargissement du régime d'étalement des subventions publiques [32] – Les subventions d'équipement accordées à une entreprise par l'Union européenne, l'État, les collectivités publiques ou tout autre organisme public à

raison de la création ou de l'acquisition d'immobilisations déterminées peuvent faire l'objet d'un étalement dans les conditions fixées par la loi [33]. Il en va de même des subventions allouées aux entreprises par l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics spécialisés dans l'aide à la recherche scientifique ou technique et qui sont affectées au financement de dépenses de recherche immobilisées [34]. Afin d'harmoniser les conditions d'accès à l'étalement et de tenir compte des modalités d'attribution des subventions au niveau européen, il est décidé que les deux dispositifs seraient applicables aux subventions allouées par l'Union européenne ou par les organismes créés par les institutions de l'Union européenne.

Institution au titre de 2022 d'une contribution de solidarité sur les superprofits de certaines entreprises du secteur de l'énergie [35] – L'article 40 de la loi de finances pour 2023 crée, au titre du premier exercice ouvert à compter du 1er janvier 2022, une contribution temporaire de solidarité dont sont redevables les personnes morales ou les établissements stables exerçant une activité en France, ou dont l'imposition du bénéfice est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions et dont le chiffre d'affaires au titre de l'exercice mentionné au I provient, pour 75 % au moins, d'activités économiques relevant des secteurs du pétrole brut, du gaz naturel, du charbon et du raffinage au sens du point 17 de l'article 2 du Règlement (UE) n° 2022/1854, du 6 octobre 2022, sur une intervention d'urgence pour faire face aux prix élevés de l'énergie [36].

Le contexte de la mesure est bien connu ; les entreprises du secteur de l'énergie ont vu leurs bénéfices sensiblement augmenter du fait des circonstances géopolitiques actuelles. Puisque l'État est amené à intervenir, d'une façon ou d'une autre, afin de protéger les consommateurs victimes des augmentations de prix, il est apparu normal qu'il mette temporairement à contribution les entreprises concernées, parfois qualifiées de « profiteuses de crise ».

Les modalités techniques de la contribution temporaire de solidarité sont les suivantes :

- l'assiette est égale à la différence positive entre le résultat imposable du premier exercice ouvert depuis le 1er janvier 2022 et 120 % du montant moyen des 4 exercices précédents (si ce montant est négatif, il est réputé être égal à « 0 ») [37]. Il en va de même pour les groupements à l'IR, mais l'assiette ainsi déterminée viendra en diminution, à proportion des droits que détient chacun, de l'assiette de la contribution due, le cas échéant, par les membres de ces groupements [38] ;

À noter : les effets, positifs ou négatifs, d'une opération de restructuration pendant cette période (fusion, scission ou apports partiels d'actif) doivent être neutralisés [39].

- le taux de la contribution est fixé à 33 % [40] ;
- la contribution n'est pas une charge déductible des résultats imposables [41], et les réductions et les crédits d'impôt ne sont pas imputables [42] ;
- en intégration fiscale, la contribution est due par chaque membre du groupe qui remplit la condition de chiffre d'affaires susvisée. L'assiette est calculée à partir des résultats qui auraient été imposables à l'IS s'ils avaient été imposés séparément [43] ;
- la contribution est payée spontanément par les redevables (qu'ils soient soumis à l'IS ou qu'ils relèvent de l'IR) au plus tard le 15 du 4ème mois qui suit la clôture de l'exercice comptable (15 mai si l'exercice coïncide avec l'année civile) [44] .

Prolongement et modification du dispositif des « jeunes entreprises innovantes » [45] – Le statut de jeune entreprise innovante (JEI) a été créé par la loi de finances pour 2004 [46] et codifié à l'article 44 sexies-0 A du CGI LXB=L5459MAG]. Il leur permet de bénéficier d'une exonération d'impôt sur les bénéfices (IR ou IS) pendant 2 ans (à 100 % pour le premier exercice et à 50 % pour le second), ainsi que d'une exonération d'impôts locaux pendant 7 ans (sur délibération des collectivités territoriales) et de cotisations sociales patronales, également pendant 7 ans.

Plusieurs fois modifié et prorogé, ce statut s'applique actuellement aux seules entreprises âgées de moins de 11 ans,

créées jusqu'au 31 décembre 2022, dont le capital est détenu de manière continue à 50 % par des personnes physiques ou par de jeunes entreprises innovantes, qui réalisent des dépenses de recherche représentant au moins 15 % du montant total des charges fiscalement déductibles de l'exercice, et qui exercent une activité réellement nouvelle.

La loi nouvelle modifie les conditions d'application du régime des JEI sur deux points. D'une part, le régime est prorogé de 3 ans (il s'appliquera donc aux JEI créées jusqu'au 31 décembre 2025). D'autre part, la condition d'âge pour bénéficier du statut de JEI est ramenée à 8 ans, ce qui était d'ailleurs la règle avant que la loi de finances pour 2022 ne la porte à 11 ans [47]. À cet égard, il faut noter que la nouvelle condition d'âge ne s'applique qu'aux entreprises créées depuis le **1er janvier 2023** [48]. Les entreprises créées avant cette date bénéficient de la condition d'âge de 11 ans dans les conditions qui ont été précisées par l'administration fiscale [49].

Institution d'un régime spécial de déduction des provisions par des « entreprises captives de réassurance » [50] – L'entreprise captive de réassurance est définie comme « une entreprise de réassurance détenue par une entreprise financière autre qu'une entreprise d'assurances ou de réassurance ou un groupe d'entreprises d'assurances ou de réassurance relevant de la Directive 98/78/CE, ou par une entreprise non financière, et qui a pour objet la fourniture de produits de réassurance couvrant exclusivement les risques de l'entreprise ou des entreprises auxquelles elle appartient ou d'une ou de plusieurs entreprises du groupe dont elle fait partie » [51].

Dans les groupes de sociétés, une filiale jouera le rôle de réassureur auprès de l'assureur traditionnel du groupe. Ce mécanisme dit de *fronting* permet de contourner les législations nationales qui imposent généralement aux entreprises de s'assurer auprès d'un assureur traditionnel ; l'assureur (le *fronteur*) émet des polices d'assurance et se réassure auprès de la filiale (la *captive*). Le mécanisme possède deux effets vertueux : d'une part, il permet de mieux gérer les risques en adaptant la couverture aux besoins spécifiques du groupe, et d'autre part, il permet de couvrir des risques qui seraient difficilement assurables par d'autres moyens (notamment les assurances contre les pertes d'exploitation ou les risques de cyberattaque).

En France, ce système est relativement peu développé (sans doute guère plus d'une centaine de captives de réassurance immatriculées sur le territoire national). Cela est dû, semble-t-il, à un cadre fiscal et juridique peu favorable [52], alors que les primes et les franchises ont connu une augmentation sans précédent. Le Gouvernement a donc déposé un amendement [53] lors de la 1ère lecture du projet de loi de finances devant l'Assemblée nationale, permettant aux entreprises captives de réassurance ayant leur siège social en France de constituer des provisions fiscalement déductibles.

Ainsi, aux termes du premier alinéa du nouvel article 39 quinquies G, II du CGI **N° Lexbase : L3568MGA**, les entreprises captives de réassurance détenues par une entreprise autre qu'une entreprise financière et qui ont pour objet la fourniture d'une couverture de réassurance portant exclusivement sur les risques d'entreprises autres que des entreprises financières peuvent constituer, en franchise d'impôt, une provision destinée à faire face aux charges afférentes aux opérations de réassurance acceptée dont les risques d'assurance relèvent des catégories des dommages aux biens professionnels et agricoles, des catastrophes naturelles, de la responsabilité civile générale, des pertes pécuniaires ainsi que des dommages et des pertes pécuniaires consécutifs aux atteintes aux systèmes d'information et de communication et des transports (liste limitative).

Le texte actuel est peu précis en ce qui concerne le calcul de la provision. Il indique seulement que la limite dans laquelle les dotations annuelles à cette provision peuvent être retranchées des bénéfices et celle du montant global de la provision seront fixées par décret, respectivement en fonction de l'importance des bénéfices techniques et de la moyenne sur les trois dernières années du minimum de capital requis de la captive de réassurance [54].

Cette provision est affectée, dans l'ordre d'ancienneté des dotations annuelles, à la compensation globale du solde négatif du compte de résultat technique de l'exercice pour l'ensemble des risques correspondants. Les dotations annuelles qui, dans un délai de quinze ans, n'auront pu être utilisées conformément à leur objet devront être

rapportées au bénéfice imposable de la seizième année suivant celle de leur comptabilisation [55].

Le dispositif est applicable aux exercices clos à compter du 1 er janvier 2023.

Suppression de la taxation à 10 % des inventions brevetables non brevetées [56] – Les résultats nets des cessions, concessions ou sous-concessions de licences d'exploitation de brevets, logiciels protégés par le droit d'auteur, certificats d'utilité, certificats complémentaires, certificats d'obtention végétale et procédés de fabrication peuvent faire l'objet d'une taxation réduite à 10 % [57]. Les inventions brevetables, mais non brevetées, bénéficiaient du régime de faveur si leur brevetabilité avait été certifiée par l'INPI et si elles étaient exploitées par une PME [58]. La loi de finances pour 2023 abroge cette disposition pour l'IR dû au titre de 2022 et pour l'IS dû au titre des exercices clos à compter du 31 décembre 2022.

2) Sociétés soumises à l'IS

Relèvement du plafond pour l'application du taux réduit d'IS des PME [59] – Le taux réduit d'IS de 15 % pour les PME s'applique sur un bénéfice fiscal désormais plafonné à 42 500 € au lieu de 38 120 € [60]. Il s'agit d'un modeste coup de pouce fiscal qui ne rattrape même pas l'inflation. Le reste de la législation est inchangée ; non seulement le taux (15 %), mais encore le champ d'application (seules sont concernées les entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires inférieur à 10 millions d'euros, dont le capital, entièrement libéré, est détenu pour au moins 75 % par des personnes physiques ou des PME ainsi définies). Faute de précision apportée par le nouveau texte, l'entrée en vigueur de la modification s'appliquera normalement aux exercices clos à compter du 31 décembre 2022 [61].

Aménagement du régime des « apports-attribution » lors des opérations d'apport partiel d'actif [62] – Pour rappel, dans une opération d'apport partiel d'actif, la loi fiscale ne considère pas la remise des titres de la société bénéficiaire de l'apport aux associés de la société apporteuse comme un revenu mobilier pour ces derniers si les trois conditions suivantes sont simultanément réunies [63] : 1) L'apport est placé sous le régime de faveur de l'article 210 A **N° Lexbase : L7407MDP** ; 2) La société apporteuse dispose encore au moins d'une branche complète d'activité après la réalisation de l'apport ; 3) Cette attribution, proportionnelle aux droits des associés dans le capital, a lieu dans un délai d'un an à compter de la réalisation de l'apport.

Lorsque l'apport partiel d'actif n'est pas représentatif d'une branche complète d'activité - y compris lorsqu'il s'agit d'un apport de titres assimilés ou non à une branche complète d'activité branche [64] - ou que la société apporteuse ne dispose plus d'au moins une branche complète d'activité après la réalisation de l'apport, le régime de neutralité fiscale s'applique sur **agrément** délivré à la société apporteuse (CGI art. 210 B, 3 **N° Lexbase : L9046LND**). La demande d'agrément doit être déposée préalablement à la réalisation de l'apport. L'agrément est délivré de plein droit si les deux conditions suivantes sont simultanément réunies [65] : 1) les conditions du régime de faveur des fusions visées à l'article 210 B, 3 du CGI sont remplies ; 2) l'attribution est justifiée par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par la société apporteuse d'une activité autonome et l'amélioration des structures, ainsi que par une association entre les parties formalisée par un engagement de conservation des titres de la société apporteuse par ses associés pendant **trois ans** à compter de la réalisation de l'apport.

Néanmoins, l'obligation de conservation des titres de la société apporteuse susmentionnée n'est exigée que des associés qui détiennent dans cette société, à la date d'approbation de l'apport partiel d'actif, **5 %** au moins des droits de vote, ou qui y exercent ou y ont exercé, dans les six mois précédant cette date, directement ou par l'intermédiaire de leurs mandataires sociaux ou préposés, des fonctions de direction, d'administration ou de surveillance et détiennent au moins 0,1 % des droits de vote dans la société [66].

La nouvelle loi assouplit le seuil de 5 % des droits de vote pour la dispense de l'obligation de conservation des titres de la société apporteuse. Il est en effet apparu qu'elle ne se justifiait pas pour des actionnaires minoritaires – même détenant plus de 5 % du capital – lorsque leur participation ne leur permet pas de contrôler la société ou même d'exercer une quelconque influence sur elle.

Il est donc ajouté un alinéa supplémentaire à l'article 115, 2 bis, b) du CGI précité afin de dispenser les actionnaires détenant, à la date d'approbation de l'apport partiel d'actif, au moins 5 % des droits de vote de la société apporteuse, de l'obligation de conservation les titres de la société apporteuse, lorsque les trois conditions suivantes sont simultanément remplies :

- les actions de la société apporteuse sont admises aux négociations sur un marché réglementé français ou européen ;
- la société apporteuse n'est pas contrôlée par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires agissant de concert au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce N° Lexbase : L5817KTM ;
- l'actionnaire détenant au moins 5 % des droits de vote de l'apporteuse n'exerce pas une influence notable sur la gestion de cette dernière au sens de l'article L. 233-17-2 du Code de commerce N° Lexbase : L9079KBU.

Faute de précision apportée par le nouveau texte, l'entrée en vigueur de la modification législative s'appliquerait normalement à compter du 1er janvier 2023 [67].

B. Taxe sur la valeur ajoutée

Réécriture de l'article 257 bis du CGI relatif aux transmissions d'universalité de biens [68] – Dans sa rédaction originelle, le premier alinéa de l'article 257 bis du CGI N° Lexbase : L7013LZR prévoyait que « Les livraisons de biens et les prestations de services, réalisées entre redevables de la taxe sur la valeur ajoutée, sont dispensées de celle-ci lors de la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit, ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens ». La dispense de TVA ainsi instituée permettait notamment d'éviter au repreneur d'une entreprise individuelle d'avoir à faire l'avance de la TVA au Trésor sur les marchandises rachetées. En outre, malgré la non-application de la TVA, elle n'obligeait pas le vendeur à régulariser la TVA d'amont puisque le troisième alinéa du même article 257 bis dispose que « Le cessionnaire est réputé continuer la personne du cédant pour ce qui est des régularisations de TVA ».

La difficulté est venue de ce que le Conseil d'État a fait une interprétation stricte de ces dispositions en jugeant que la dispense de régularisation de TVA prévue au troisième alinéa de l'article 257 bis du CGI ne joue que pour les opérations qui sont *dispensées* de TVA conformément au premier alinéa du même texte, et ne s'applique pas lorsque l'opération est hors champ ou exonérée de TVA [69]. Tel est notamment le cas des immeubles anciens comme dans le cas d'espèce (à l'époque des faits), ou d'une mutation à titre gratuit.

Aussi, dans sa nouvelle rédaction, et d'ailleurs en conformité avec les articles 19 et 29 de la Directive (UE) « TVA »[70], le nouvel alinéa premier de l'article 257 bis du CGI dispose que « Lors de la transmission à titre onéreux, à titre gratuit ou sous forme d'apport à une société d'une universalité totale ou partielle de biens effectuée entre redevables de la taxe sur la valeur ajoutée, aucune livraison de biens ou prestation de services n'est réputée intervenir ».

On peut à cet égard regretter que le travail législatif n'ait pas été achevé :

- d'abord, l'article 723 du CGI N° Lexbase : L2558HN3 n'a pas été modifié. Or ce texte prévoit que « les ventes de marchandises neuves corrélatives à la cession ou à l'apport en société d'un fonds de commerce sont exonérées de tout droit proportionnel d'enregistrement lorsqu'elles donnent lieu à la perception de la taxe sur la valeur ajoutée ou en sont dispensées en application de l'article 257 bis. Dans le cas contraire, les marchandises neuves garnissant le fonds ne sont assujetties qu'à un droit de 1,50 % à condition qu'il soit stipulé, en ce qui les concerne, un prix particulier, et qu'elles soient désignées et estimées article par article dans un état distinct, dont quatre exemplaires, rédigés sur des formules spéciales fournies par l'administration, doivent rester déposés au service des impôts auprès duquel la formalité est requise ». Cet oubli devra être corrigé afin de tenir compte de la nouvelle

rédaction de l'article 257 bis du CGI ;

- également, l'article 810, IV du CGI N° Lexbase : L1815LPW prévoit que l'enregistrement est gratuit pour les apports d'immeubles normalement soumis au droit de vente **lorsqu'ils entrent dans le champ d'application de la TVA.** On rappelle à cet égard que sont normalement soumis aux droits de vente les apports « à titre onéreux » (ie *:* sans remise de titres), ou encore les apports « purs et simples » (*ie :* avec remise de titres) par une personne qui relève de l'IR au profit d'une personne soumise à l'IS. Or, faute de « livraison » [71], les immeubles sortent du champ d'application de la TVA et devraient donc être soumis, le cas échéant, aux droits de vente. Ici encore, il conviendrait de modifier l'article 810, IV du CGI pour qu'il vise également les transmissions d'universalités placées hors du champ de la TVA par l'article 257 bis du CGI.

Élargissement du champ d'application du taux réduit de 5,5 % [72] – S'agissant des produits alimentaires, la loi fait une distinction selon qu'ils sont destinés à la consommation humaine (auquel cas, ils sont affectés d'une TVA réduite à 5,5 %) ou à la consommation animale (auquel cas c'est le taux intermédiaire de 10 % qui s'applique). Le taux de 10 % peut également s'appliquer, sous certaines conditions, aux livraisons de produits d'origine agricole, de la pêche, de la pisciculture ou de l'aviculture normalement destinés à être utilisés dans la production agricole ou à l'alimentation animale [73].

Afin de rationaliser les taux de TVA applicables dans les filières alimentaires, il est décidé de baisser de 10 % à **5,5 %** le taux de TVA applicable aux livraisons portant sur :

- les denrées alimentaires destinées à la consommation des animaux producteurs de denrées alimentaires elles-mêmes destinées à la consommation humaine (mais aussi les produits normalement destinés à être utilisés dans la préparation de ces denrées et les produits normalement utilisés pour compléter ou remplacer ces denrées) ;
- les produits d'origine agricole, de la pêche, de la pisciculture ou de l'aviculture lorsqu'ils sont d'un type normalement destiné à être utilisé dans la production agricole.

C. Imposition du capital

Suppression en 2 ans de la CVAE [74] – On se souvient que la loi de finances pour 2021 [75] avait réduit de moitié la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) à compter de 2021 [76]. Cette baisse avait eu pour effet de diviser par deux le taux de la CVAE (soit 0,75 % au lieu de 1,5 %, dans le cas général), ainsi que divers autres montants (dégrèvement complémentaire, montant minimum de CVAE et seuil d'assujettissement aux acomptes).

La loi de finances pour 2023 franchit une nouvelle étape, pour prévoir :

- en 2023 une nouvelle **réduction de moitié** de la CVAE ;
- à partir de 2024 sa **suppression définitive**.

S'agissant des impositions dues au titre de 2023, les effets de la mesure sont les suivants :

- le taux de la CVAE passe de 0,75 % à 0,375 % [77].

À noter : pour les entreprises dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros, le taux effectif d'imposition après application du dégrèvement légal s'établit comme suit [78] :

Montant du CA hors taxe	Taux effectif d'imposition
< 500 000 €	0 %
500 000 € ≤ CA ≤ 3 000 000 €	0,125 % × (CA - 500 000 €) / 2 500 000 €
3 000 000 € < CA ≤ 10 000 000 €	0,225 % × (CA - 3 000 000 €) / 7 000 000 € + 0,125 %
10 000 000 € < CA ≤ 50 000 000 €	0,025 % × (CA - 10 000 000 €) / 40 000 000 € + 0,35 %

- le dégrèvement complémentaire pour les petites entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 2 millions d'euros passe de 500 euros à 250 euros [79] ;
- le montant minimum de CVAE pour les entreprises dont le chiffre d'affaires HT excède 500 000 euros passe de 125 euros à 63 euros [80] ;
- le taux du plafonnement de la contribution économique territoriale (CET) [81] passe de 2 % à 1,625 % [82]. S'agissant des impositions dues au titre de 2024 et des années suivantes, le taux du plafonnement – qui ne concernera plus désormais que la CFE – sera abaissé à 1,25 %.

La CVAE est définitivement supprimée à compter des impositions dues au titre de 2024 et des années suivantes. Bien entendu, les entreprises devront en 2024 déclarer la valeur ajoutée de 2023 et procéder à la liquidation définitive de la CVAE de 2023 (au plus tard le 3 mai 2024). Bien entendu, les acomptes de CVAE dus en 2023 (le 15 juin et le 15 septembre) seront abaissés pour tenir compte de la baisse de la CVAE en 2023.

Report à 2025 de l'actualisation des valeurs locatives des locaux professionnels [83] – La fixation des valeurs locatives des locaux professionnels suit une procédure assez complexe qui comprend : une mise à jour annuelle des tarifs par m², une modification des coefficients de localisation au cours des 3ème et 5ème année qui suivent le renouvellement général des conseils municipaux, et une évaluation des paramètres d'évaluation l'année qui suit le renouvellement général des conseils municipaux (soit tous les 6 ans). Cette dernière évaluation « sexennale » ayant pris du retard, ses résultats ne seront finalement pas intégrés, pour la première fois, dans les bases d'imposition de 2023 comme cela était prévu, mais dans celles de 2025.

D. Contrôle fiscal

Conservation des documents comptables électroniques [84] – Les livres, registres, documents ou pièces sur lesquels peuvent s'exercer les droits de communication, d'enquête et de contrôle de l'administration doivent être conservés pendant un délai de **six ans** à compter de la date de la dernière opération mentionnée sur les livres ou registres ou de la date à laquelle les documents ou pièces ont été établis [85]. Jusqu'à présent, lorsque ces documents étaient établis sur support électronique, ils devaient être conservés sous cette forme pendant trois ans [86], puis, pour les trois années suivantes, pouvaient être conservés sous support électronique ou papier, à la discrétion du contribuable [87].

Désormais, à compter de la publication de la présente loi (soit le 31 décembre 2022), les documents établis ou reçus numériquement doivent être conservés sous cette forme pendant 6 ans [88]. En revanche, aujourd'hui comme hier, les documents ou pièces établis ou reçus sur support papier peuvent être conservés sur support informatique après avoir été numérisés ou sur support papier, au choix de l'entreprise [89].

Aménagement de l'obligation de facturation [90] – Les assujettis à la TVA peuvent émettre leurs factures sous une forme électronique, quelle qu'elle soit, à condition que le destinataire l'accepte [91]. D'une manière générale, l'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité de la facture doivent être assurées à compter de son émission et jusqu'à la fin de sa période de conservation [92]. Lorsqu'il s'agit de factures électroniques, plusieurs solutions techniques sont proposées aux contribuables. Ils peuvent avoir recours à une signature électronique [93], ou créer une facture qui prend la forme d'un message structuré qui peut être traité automatiquement et de manière univoque par les ordinateurs distants [94]. La facture peut aussi être présentée sous forme de fichier (type WORD, PDF, HTML ou XML) transmis par voie électronique, dès lors que des contrôles documentés et permanents sont mis en place par l'entreprise et permettent d'établir une piste d'audit fiable entre la facture émise ou reçue et la livraison de biens ou prestation de services qui en est le fondement [95].

La loi nouvelle ajoute une nouvelle possibilité prévue par le Règlement (UE) « ELDAS » [96] : la procédure **« de cachet électronique qualifié »** [97]. Selon l'article 3, point 25 du Règlement (UE) « ELDAS », le cachet électronique consiste en des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique pour garantir l'origine et l'intégrité de ces dernières. Cette possibilité s'applique aux factures créées à compter de la publication de la loi (soit le 31 décembre 2022).

Le législateur en profite pour rétablir la dispense des amendes de 5 % pour défaut de facturation [98] et de 15 euros en cas d'omission ou d'inexactitude dans les factures [99], en cas de **première infraction** commise au cours de l'année civile en cours et des trois années précédentes lorsque celle-ci a été réparée spontanément ou dans les trente jours d'une première demande de l'administration [100]. Cette dispense, introduite par la loi de finances pour 2022 du 30 décembre 2021 [101], avait été malencontreusement supprimée par la loi de finances rectificative pour 2022 du 16 août 2022 [102]. S'agissant d'une loi répressive plus douce, elle devrait s'appliquer de manière rétroactive.

---

[1] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, art. 1er N° Lexbase : L4794MGN.
[2] Cons. const., décision n° 2022-847 DC, du 29 décembre 2022 N° Lexbase : A410084M.
[3] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 2.
[4] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 2.
[5] CGI, art. 196 B N° Lexbase : L3580MGP.
[6] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 2.
[7] Loi n° 2019-1479, du 28 décembre 2019, de finances pour 2020, art. 2 N° Lexbase : Z839238Z.
[8] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 3.
[9] Règlement (UE) n° 883/2004, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale N° Lexbase : L7666HT4.
[10] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 17.
[11] CGI, art. 199 terdecies-0 A N° Lexbase : L3586MGW.

[12] CGI, art. 199 terdecies-0 AA N° Lexbase : L6193LUW.
[13] CGI, art. 199 terdecies-0 AB N° Lexbase : L6194LUX.
[14] Loi n° 2017-1837, du 30 décembre 2017, de finances pour 2018, art. 74 N° Lexbase : L7952LHY.
[15] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 23.
[16] Loi n° 2022-172, du 14 février 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante N° Lexbase : L3215MBP.
[17] C. com., art. L. 526-22 à L. 526-31 N° Lexbase : L3666MBE.
[18] C. com., art. L. 526-6 à L.526-21 N° Lexbase : L2004IPW ; CGI, art. 1655 sexies, 2 N° Lexbase : L5769MAW.
[19] Loi n° 2021-1900, du 30 décembre 2021, de finances pour 2022 N° Lexbase : L3007MAM, art. 13 ; CGI, art. 1655 sexies, préc. ; RJCom, février 2022, p. 89, obs. A. de Bissy.
[20] CGI, art. 1655 sexies, 1, préc.
[21] CGI, art. 1655 sexies, 3, préc.
[22] V. A. de Bissy, *Les mutations du patrimoine professionnel en fiscalité,* RJCom, février 2022, p. 284 à 289.
[23] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 106.
[24] Loi n° 2019-1479, du 28 décembre 2019, de finances pour 2020, préc., art. 146.
[25] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 73 et 74.
[26] Loi n° 98-657, du 29 juillet 1998, d'orientation relative à la lutte contre les exclusions N° Lexbase : L9130AGA ; CGI, art. 232 N° Lexbase : L5688MAW.
[27] CGI, art. 1407 ter N° Lexbase : L3109LC7.
[28] CGI, art. 1407 bis N° Lexbase : L9297LHS.
[29] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 89.
[30] LPF, art. L. 12, al. 6 N° Lexbase : L4186MG7.
[31] LPF, art. L. 12, al. 4, préc.
[32] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 32 et 65, I, A.
[33] CGI, art. 42 septies N° Lexbase : L5628MAP.
[34] CGI, art. 236, I bis N° Lexbase : L2941LCW.
[35] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40.
[36] Règlement (UE) n° 2022/1854, du 6 octobre 2022, sur une intervention d'urgence pour faire face aux prix élevés de l'énergie N° Lexbase : L5646MET, art. 40.
[37] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, III, A.
[38] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, III, C.
[39] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, IV.
[40] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, V.
[41] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, VIII.
[42] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, VI.
[43] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, III, B.
[44] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 40, VII.
[45] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 33.
[46] Loi n° 2003-1311, du 30 décembre 2003, de finances pour 2004 N° Lexbase : L6348DM3.
[47] Loi n° 2021-1900, du 30 décembre 2021, de finances pour 2022, art. 69 N° Lexbase : L3007MAM.
[48] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 33, I.
[49] V. BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10, n° 150 [en ligne] .
[50] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 6.
[51] Directive (UE) n° 2005/68, du 16 novembre 2005, relative à la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE N° Lexbase : L3413HE7, art. 2, 1, b).
[52] V. les contraintes posées par la Directive « Solvabilité II » (Directive (UE) n° 2009/138, du 25 novembre 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice N° Lexbase : L0587IGT).
[53] Assemblée nationale, amendement n° 3519, du 12 octobre 2022 [en ligne].
[54] CGI, art. 39 quinquies G, II, al. 2, préc.
[55] CGI, art. 39 quinquies G, II, al. 3, préc.
[56] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 72.
[57] CGI, art. 238 N° Lexbase : L6230LUB.
[58] CGI, art. 238, I, 5°, préc.
[59] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 37.

[60] CGI, art. 219, I, b N° Lexbase : L9783LHS.

[61] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 1er.

[62] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 25.

[63] CGI, art. 115, 2 N° Lexbase : L8448LHD.

[64] BOI-IS-FUS-20-40-40, n°60 [en ligne].

[65] CGI, art. 115, 2 bis, préc.

[66] CGI, art. 115, 2 bis, b, préc.

[67] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 1er.

[68] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 58.

[69] CE, 3e-8e ch. réunies, 31 mai 2022, n° 451379, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A61787YH.

[70] Directive (UE) n° 2006/112, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée N° Lexbase : L7664HTZ.

[71] CGI, art. 257 bis, mod. N° Lexbase : L7013LZR.

[72] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 65.

[73] CGI, art. 278-0 bis A, 1° N° Lexbase : L9450LHH et 278 bis, 3° et 5° N° Lexbase : L5712MAS.

[74] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 55.

[75] Loi n° 2020-1721, du 29 décembre 2020, de finances pour 2021, art. 8 N° Lexbase : L3002LZ9.

[76] RJCom, février 2021, p.156, obs. A. de Bissy.

[77] CGI, art. 1586 ter, II, 2 mod. N° Lexbase : L7118LZN.

[78] CGI, art. 1586 quater, I mod. N° Lexbase : L7119LZP.

[79] CGI, art. 1586 quater, II mod., préc.

[80] CGI, art. 1586 sexies, mod. N° Lexbase : L9484LZB.

[81] CET = CFE + CVAE.

[82] CGI, art. 1647 B sexies, mod. N° Lexbase : L7142LZK.

[83] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 103.

[84] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 62, III.

[85] LPF, art. L. 102 B, I, al. 1er N° Lexbase : L4192MGD.

[86] Ce qui en pratique correspond au délai de reprise de l'administration ; v. LPF, art. L. 169, al. 1er N° Lexbase : L7315LQY.

[87] LPF, art. L. 102 B, I, al. 2, préc.

[88] LPF, art. L. 102 B, I, al. 2 mod., préc.

[89] LPF, art. L. 102 B, I, al. 3, préc.

[90] Loi n° 2022-1726, du 30 décembre 2022, de finances pour 2023, préc., art. 62, I et II.

[91] CGI, art. 289, VI, N° Lexbase : L7412MDU.

[92] CGI, art. 289, V, préc.

[93] CGI, art. 289, VII, 2°, préc.

[94] CGI, art. 289, VII, 3°, préc.

[95] CGI, art. 289, VII, 1°, préc.

[96] Règlement (UE) n° 910/2014, du 23 juillet 2014, sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la Directive 1999/93/CE N° Lexbase : L1237I4L.

[97] CGI, art. 289, VII, 4°, préc.

[98] CGI, art. 1737, I N° Lexbase : L7436MDR.

[99] CGI, art. 1737, II, préc.

[100] CGI, art. 1737, V, préc.

[101] Loi n° 2021-1900, du 30 décembre 2021, de finances pour 2022, préc., art. 142.

[102] Loi n° 2022-1157, du 1er août 2022, de finances rectificative pour 2022, art. 26 N° Lexbase : L7052MDK.

[Chronique] Chronique de propriété intellectuelle

Réf. : CJUE, 22 décembre 2022, aff. C-148/21 et C-184/21, Louboutin c/ Amazon **N° Lexbase : A903884I**

N4408BZB



par Christophe Alleaume, Professeur à l'Université de Caen Normandie, Membre de l'ICREJ, Avocat associé (Apollinaire société d'avocats) et Delphine Martin, Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté, Membre de l'Institut Art & Droit
Le 27 Février 2023

L'ouverture vers une responsabilité des plateformes de vente en ligne dans la vente de produits contrefaisants

« Amazon fait elle-même usage du signe enregistré par Louboutin lorsque l'utilisateur de son site a l'impression que c'est elle qui commercialise, en son nom et pour son compte, des escarpins de la marque.

Cela peut notamment être le cas lorsqu'Amazon présente de manière uniforme toutes les annonces sur son site internet, en faisant apparaître son propre logo de distributeur renommé également sur les annonces des vendeurs tiers, et qu'elle effectue le stockage et l'expédition des escarpins en question.

Amazon est à la fois un distributeur renommé et l'exploitant d'une place de marché en ligne. Amazon publie sur ses sites de vente en ligne tant des annonces relatives à ses propres produits, qu'elle vend et expédie en son nom et pour son propre compte, que des annonces émanant de vendeurs tiers. Amazon offre également aux vendeurs tiers des services complémentaires de stockage et d'expédition des produits mis en ligne sur sa place de marché, en informant les acquéreurs potentiels lorsqu'elle est en charge de ces activités.

[…]

Dans son arrêt rendu ce jour, la Cour, réunie en Grande chambre, répond aux deux juridictions nationales qu'un tel exploitant peut effectivement être considéré comme faisant lui-même usage du signe identique à une marque de l'Union européenne, figurant dans l'annonce d'un vendeur tiers sur sa place de marché en ligne, lorsque l'utilisateur normalement informé et raisonnablement attentif de son site a l'impression que c'est cet exploitant qui commercialise, en son nom et pour son propre compte, les produits contrefaisants en cause.

La Cour rappelle préalablement que l'usage d'un signe identique à une marque par un tiers implique, à tout le moins, que ce dernier fasse un usage du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale et que le simple fait de créer les conditions techniques nécessaires pour l'usage d'un signe et d'être rémunéré pour ce service ne signifie pas que celui qui rend ce service fasse lui-même usage dudit signe, même s'il agit dans son propre intérêt économique. C'est ainsi que la Cour a considéré, s'agissant de l'exploitant d'une place de marché en ligne tel qu'eBay, que l'usage de signes identiques ou similaires à des marques, dans des offres à la vente affichées sur cette place de marché, est fait uniquement par les clients vendeurs de cet exploitant et non pas par celui-ci, dès lors que ce dernier n'utilise pas ce signe dans sa propre communication commerciale.

La Cour observe toutefois que, dans le cadre de cette jurisprudence antérieure, elle n'était pas interrogée par rapport à la circonstance que le site internet de vente en ligne en question intègre, outre la place de marché en ligne, des offres à la vente de l'exploitant de ce site lui-même, tandis que les présentes affaires portent précisément sur cette circonstance. Or, la Cour constate que ladite circonstance peut, le cas échéant, avoir pour conséquence que les utilisateurs de la place de marché en ligne ont l'impression que les annonces pour des produits en cause proviennent non pas de vendeurs tiers, mais de l'exploitant de cette place de marché et que c'est donc celui-ci qui utilise le signe en question dans le cadre de sa propre communication commerciale. Il appartient, au final, aux juridictions de renvoi d'apprécier si tel est le cas.

La Cour précise néanmoins que sont pertinents pour cette appréciation les faits que la société Amazon recourt à un mode de présentation uniforme des offres à la vente publiées sur son site internet, affichant en même temps ses propres annonces et celles des vendeurs tiers et faisant apparaître son propre logo de distributeur renommé sur l'ensemble de ces annonces et qu'elle offre des services supplémentaires à ces vendeurs tiers dans le cadre de la commercialisation de leurs produits, consistant notamment dans le stockage et l'expédition de leurs produits.

En effet, ces circonstances peuvent rendre difficile une distinction claire et donner à l'utilisateur normalement informé et raisonnablement attentif l'impression que c'est Amazon qui commercialise, en son nom et pour son propre compte, les produits Louboutin offerts à la vente par des vendeurs tiers. »

[…]

La CJUE a rendu, jeudi 22 décembre 2022, un jugement préliminaire sur la question de la responsabilité du groupe Amazon dans la publicité et la vente en ligne, sur sa plateforme, de chaussures à talons à « semelle rouge » et, plus largement, sur celle de la responsabilité des plateformes de vente en ligne à l'occasion de la publicité et de la vente de produits contrefaisants. La Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar en reconnaissant la responsabilité du groupe Amazon au motif qu'« Amazon fait elle-même usage du signe enregistré par Louboutin lorsque l'utilisateur de son site a l'impression que c'est elle qui commercialise, en son nom et pour son compte, des escarpins de la marque » [1].

L'affaire a été initiée par deux recours fondés sur l'article 9, paragraphe 2, du Règlement n° 2017/1001 [2], introduits au Luxembourg et en Belgique par le créateur français Christian Louboutin. Plus précisément, Christian Louboutin a invoqué une atteinte à ses droits de marque sur la semelle extérieure de couleur rouge enregistrée à la fois en tant que marque de l'Union européenne et marque Benelux, estimant que les produits accessibles sur Amazon étaient identiques à ceux pour lesquels cette marque est enregistrée, du fait, notamment, de l'affichage, sur les sites de vente en ligne de cette société, de publicités relatives à des produits portant le signe litigieux, mais également du fait de la détention, de l'expédition et de la livraison de tels produits [3].

L'analyse de l'atteinte au droit de marque dans ce contexte soulève plusieurs interrogations dont celle du contrôle des plateformes de vente en ligne sur les produits vendus et de leur statut eu égard à ces produits. Doivent-elles être considérées comme de simples intermédiaires, ou réalisent-elles des actes d'usage au sens du droit des marques ? Sont-elles responsables des atteintes au droit des marques par des tiers sur leur plateforme ?

La Cour d'appel de Bruxelles a répondu à la seconde question par la négative, au motif que « l'usage de la marque dans une annonce d'offre de vente de produits contrefaisants émanant d'un vendeur tiers n'est pas imputable à l'exploitant de la place de marché en ligne – même si l'identité de ce dernier est visible – car il ne relève pas de la propre communication commerciale de celui-ci », estimant donc que la responsabilité d'Amazon ne s'exerce que pour la publicité de ses propres produits et non de ceux des tiers [4]. La responsabilité du groupe Amazon a été également exclue pour le stockage et l'expédition des produits contrefaits.

C'est dans ce contexte que le Tribunal francophone de Belgique a décidé de surseoir à statuer et de poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE, relatives à l'interprétation de l'article 9, paragraphe 2, du Règlement n° 2017/1001,

en particulier concernant l'imputabilité de l'usage d'un signe identique dans une publicité affichée sur un site internet par son exploitant et de sa perception par un internaute « normalement informé et raisonnablement attentif ». Autrement dit, est-il aisé de distinguer ce qui relève de la communication commerciale personnelle de l'exploitant de la plateforme, l'usage d'un signe identique à un signe antérieur étant alors susceptible d'engager sa responsabilité, de ce qui relève de la politique commerciale des vendeurs tiers ? La question est complexifiée par le fonctionnement hybride de plateformes comme Amazon qui publient en ligne des offres de vente de vendeurs tiers ainsi que des offres de vente sous leur propre marque.

S'agissant des offres de vente de vendeurs tiers, l'implication de la plateforme dans la réalisation d'actes contrefaisants suppose de s'interroger préalablement sur l'imputabilité d'actes d'usage au sens du droit des marques **(I)**, afin d'en déduire leur régime de responsabilité en tant qu'hébergeurs ou utilisateurs de signes protégés **(II)** [5].

I. L'usage d'un signe protégé par l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne

Les questions préjudicielles examinées par la CJUE illustrent la difficulté de tracer la frontière entre les statuts de vendeur et d'intermédiaire, lesquels conditionnent l'étendue de la responsabilité de l'utilisateur de la marque à l'égard de son titulaire. La question est compliquée par l'activité de gestion et de stockage des produits des exploitants en ligne.

L'enjeu est d'importance pour les titulaires de marques tant il peut être difficile de localiser les vendeurs et de faire constater la contrefaçon en l'absence d'une telle identification. Elle n'en est pas moins importante pour définir la notion d'usage d'une marque qui permet au titulaire de se prémunir contre le risque de déchéance, mais aussi de caractériser la contrefaçon dans l'hypothèse d'une circulation de ses produits ni consentie ni justifiée par l'épuisement de ses droits.

On le sait, en dehors du champ de l'immatériel, le fait de faire de la publicité, d'offrir et/ou de stocker des produits qui portent un signe identique ou similaire à une marque enregistrée sans l'autorisation de son titulaire porte atteinte à son droit de marque [6].

Dans le cadre de la vente en ligne cette question prend une dimension particulière en raison de la nature même de la vente en ligne, qualifiée de vente passive, ce qui justifie l'impossibilité, sauf motif légitime tenant par exemple au risque de dévalorisation de la marque ou à la nécessité d'un point de vente physique, pour le titulaire de la marque d'interdire la vente en ligne de ses produits par ses distributeurs [7].

Une autre difficulté tient à la démarche de l'exploitant, qui assurément ne se contente pas de stocker et d'expédier des produits. La promotion des produits potentiellement contrefaits par la publicité en est l'illustration. Or, les plateformes exploitées par Amazon fournissent les moyens publicitaires aux vendeurs tiers et sont par ailleurs les seuls interlocuteurs des utilisateurs au moment de la conclusion de la vente : leur rôle ne se limite donc ni à l'emballage, ni à l'expédition et au stockage des produits.

Dès lors, la question essentielle est de déterminer si les plateformes de vente en ligne réalisent des actes d'usage au sens du droit des marques. Dans l'affirmative leur rôle serait celui d'un « vendeur », et pas celui d'un simple intermédiaire technique, de sorte que le titulaire de la marque contrefaite aurait la possibilité d'agir en contrefaçon contre l'exploitant en ligne de la plateforme.

La notion d'usage a fait l'objet d'une construction jurisprudentielle sur le fondement de l'article 18 du Règlement n° 2017/1129 du 14 juin 2017 [8], qui impose au titulaire d'une marque d'en faire un usage « sérieux » pendant cinq ans consécutifs à compter de son enregistrement, sauf motif légitime [9]*.* Il est désormais établi que le caractère sérieux de l'usage doit être entendu comme un usage commercial ou « dans la vie des affaires », réel ou *a minima* intentionnel, bien que ce second critère ne soit pas consensuel [10]. En effet, il a été admis que l'usage d'une marque peut être caractérisé par la seule preuve de l'intention d'exploitation de son titulaire à défaut de commercialisation

effective, bien que d'autres décisions soient plus exigeantes sur la preuve de l'usage [11]. Des offres promotionnelles et la création d'un nom de domaine ont ainsi été jugées suffisantes dans le premier cas [12].

S'agissant d'un tiers utilisateur, la notion d'usage suppose un comportement actif, lequel ne saurait être établi sans que le supposé utilisateur ne fasse « une utilisation du signe dans le cadre de sa propre politique commerciale » [13], ce qui renvoie à l'idée que l'utilisateur « s'approprie le signe au point que ce signe semble relever de son activité » [14] selon l'avocat général Maciej Szpunar. Enfin, cette condition devrait être « analysée du point de vue de l'utilisateur de la place de marché, destinataire de la communication commerciale de l'exploitant de cette place de marché afin de pouvoir déterminer si le signe en cause est perçu par cet utilisateur comme étant intégré à cette communication commerciale, en ce que l'intermédiaire d'Internet s'est approprié ce signe » [15].

Et c'est bien cette perception par l'utilisateur de la plateforme qui était au cœur des questions préjudicielles posées à la Cour dans les deux affaires, en particulier celles de savoir si cette perception peut être influencée par « la circonstance que cet exploitant est un distributeur renommé des produits les plus variés, dont des produits de la catégorie de ceux vantés dans la publicité, ou par la circonstance que la publicité présente un en-tête dans lequel est reproduite la marque de service de cet exploitant, cette marque étant renommée comme marque de distributeur, ou encore par la circonstance que cet exploitant offre concomitamment à cet affichage des services traditionnellement offerts par les distributeurs de produits de la même catégorie que celle dont relève le produit vanté par la publicité »[16]. Alors qu'il était préconisé par l'avocat général d'opérer une distinction parmi les utilisateurs de ces plateformes en excluant les utilisateurs « peu vigilants » et d'adopter une certaine exigence dans leur capacité de discernement supposée, la CJUE a considéré que l'utilisateur « normalement informé et raisonnablement attentif a l'impression que c'est cet exploitant qui commercialise, en son nom et pour son propre compte, les produits contrefaisants en cause ».

C'est donc l'impression produite par l'uniformisation dans la présentation des annonces des produits vendus sur Amazon, associés au logo Amazon, qu'ils soient propres à Amazon ou vendus par des tiers, qui a été jugée déterminante. Et c'est cette impression de confusion renforcée par la renommée du distributeur, qui permet de caractériser l'usage par la plateforme du signe contrefaisant et d'écarter ainsi le statut d'hébergeur.

II. Du statut d'hébergeur à celui d'utilisateur d'un signe protégé

Dans son communiqué, la Cour dessine les contours d'une responsabilité des plateformes de vente en ligne qui ne pourraient plus, à l'avenir, arguer de leur statut d'hébergeur – c'est-à-dire de simples intermédiaires techniques – dans la vente de produits contrefaits pour s'exonérer de leur responsabilité. En effet, le statut d'hébergeur défini par son rôle passif, offrait une solution de repli confortable pour ces plateformes en raison de l'absence d'obligation de devoir de vigilance de l'hébergeur et de son irresponsabilité en cas de diffusion d'un contenu illicite. L'hébergeur est, en effet, celui qui se contente de « fournir un service de la société de l'information » et un stockage d'informations fournies par les utilisateurs [17] ; il ne sélectionne donc pas les contenus ; sa responsabilité ne peut donc être recherchée que dans l'hypothèse où il manque à son obligation de prompt retrait lorsque la diffusion d'un contenu illicite lui est notifiée (ou, bien sûr, lorsqu'il en a effectivement connaissance) [18].

La Cour a précisé, toutefois, que la responsabilité de la plateforme de vente en ligne dans la vente de produits contrefaits était justifiée en l'espèce par la circonstance que le site de la plateforme intégrait des offres de vente de l'exploitant lui-même dont le rôle excédait par ailleurs le seul stockage des produits, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire « L'Oréal contre eBay », l'usage de signes identiques ou similaires à des marques, dans des offres à la vente affichées sur eBay, étant fait uniquement par des vendeurs tiers [19].

Cette responsabilité est renforcée par la renommée du distributeur et l'omniprésence du logo Amazon dans les offres de vente, contribuant ainsi à leur manque de lisibilité. La prise en compte de la renommée du distributeur serait un facteur aggravant de responsabilité contrairement à ce qui était soutenu par l'avocat général qui considère qu'Amazon est aussi connu pour ses activités de distributeur que de place de marché et qu'« il est donc connu des utilisateurs de la plateforme que sont mises en ligne tant des annonces de produits vendus directement par Amazon que des

annonces publiées par des vendeurs tiers » [20]. La connaissance supposée n'est donc pas pertinente en l'absence d'une politique de communication commerciale suffisamment claire.

Cette décision fait écho à la condamnation d'Amazon pour contrefaçon de la marque Carré Blanc par le tribunal judiciaire de Paris pour avoir «[reproduit] dans le titre et l'adresse URL de pages du site internet accessible via le nom de domaine Amazon.fr dont elle est titulaire le signe “Carré Blanc” d'une manière susceptible d'induire en erreur l'internaute sur la disponibilité des produits de linge de maison authentiques dans les pages concernées de la boutique hébergée par ce site » [21]. L'hypothèse était un peu différente puisqu'il s'agissait, dans l'affaire « Carré Blanc », de l'usage par Amazon de signes protégés comme termes de référencement. Mais le parallèle est intéressant en ce que l'impression produite sur l'utilisateur de la plateforme a également été jugée déterminante, celui-ci pouvant légitimement penser qu'Amazon propose à la vente des produits authentiques puisque les termes Carré Blanc référencés désignent des produits dans une classe identique à ceux de la marque. Implicitement, c'est bien le même défaut de transparence qui a été sanctionné dans cette précédente décision.

Le durcissement de la position de la CJUE s'inscrit dans le prolongement de l'adoption le 14 septembre 2022 du Règlement européen DMA (*Digital Markets Act*) [22] et, probablement, dans la même volonté de régulation des pratiques des géants d'internet et de correction des déséquilibres de leur domination sur le marché européen [23]. En ce sens, la décision de la CJUE est remarquable tant dans le changement de paradigme qu'elle traduit, jusqu'alors plutôt réticente à considérer que les plateformes de vente en ligne réalisent des actes d'usage au sens du droit des marques en tant qu'intermédiaires, que dans la simplification, au moins apparente, du régime de leur responsabilité, car un certain nombre de points devront être précisés pour assurer l'efficience de cette responsabilité, tels que la notion d'utilisateur « normalement informé et raisonnablement attentif » (par exemple, comment distinguer l'acheteur uniquement guidé par le produit et son prix, de l'acheteur vertueux attentif à l'origine des produits ?), ou encore les critères qui permettront de considérer que le distributeur a mis en œuvre des moyens suffisants pour dissocier sa propre politique commerciale de celle des vendeurs tiers.

---

[1] Conclusions de l'avocat général présentées le 2 juin 2022 [en ligne]. Sur la décision commentée : v. C. Maréchal Pollaud Dulian, *Le point sur la responsabilité des places de marché en ligne sur le fondement du droit des marques à l'occasion de l'arrêt Louboutin / Amazon*, D., 2023, p. 328. V. également P. Kamina, *Conditions de la contrefaçon du fait d'offrs de vendeurs tiers sur la plateforme*, CCE, février 2023, comm. 8, p. 30.

[2] Règlement (UE) n° 2017/1001, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne, art. 9, paragraphe 2 : « Sans préjudice des droits des titulaires acquis avant la date de dépôt ou la date de priorité d'une marque de l'Union européenne, le titulaire de cette marque de l'Union européenne est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires d'un signe pour des produits ou services lorsque: a) ce signe est identique à la marque de l'Union européenne et est utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée ; b) ce signe est identique ou similaire à la marque de l'Union européenne et est utilisé pour des produits ou services identiques ou similaires aux produits ou services pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public; le risque de confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque ; c) ce signe est identique ou similaire à la marque de l'Union européenne, indépendamment du fait que les produits ou services pour lesquels il est utilisé soient identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans l'Union et que l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque de l'Union européenne ou leur porte préjudice ».

[3] CJUE, 22 décembre 2022, aff. C-148/21 et C-184/21.

[4] CA Bruxelles, 9e ch., 25 juin 2020, Amazon Europe Core sàrl, Amazon EU sàrl et Amazon Services Europe sàrl c/ Mr. C. Louboutin.

[5] Directive (UE) n° 2000/31, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur **N° Lexbase : L8018AUI**, modifiée par le Règlement (UE) n° 2022/2065, du 19 octobre 2022, relatif à un marché unique des services numériques **N° Lexbase : L7614MEQ**.

[6] Directive (UE) n° 2015/2436, du 16 décembre 2015, rapprochant les législations des États membres sur les marques., art. 10 **N° Lexbase : L6109KW8**.

[7] CJUE, 13 octobre 2011, aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence **N° Lexbase : A7357HY7**.

[8] Règlement (UE) n° 2017/1129, du 14 juin 2017, concernant la prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé **N° Lexbase : L0645LGY**.

[9] Règlement (UE) n° 2017/1001, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne, préc.

[10] Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-17291 **N° Lexbase : A09527XK**, mais dans l'affaire « L'Oréal c/ eBay » (CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, l'Oréal SA c/ eBay International AG **N° Lexbase : A9865HUW**), la CJUE a jugé que « l'exploitant d'une place de marché en ligne ne fait pas usage, au sens du droit des marques, des signes identiques ou similaires à des marques qui apparaissent dans des offres à la vente affichées sur son site ».

[11] CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 et C-238/08, Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier SA **N° Lexbase : A8389ETU**, où la Cour juge que le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens du droit des marques.

[12] Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-17.291, préc.

[13] Conclusions de l'avocat général, préc., paragraphe 51.

[14] Conclusions de l'avocat général, préc., paragraphe 56.

[15] Conclusions de l'avocat général, préc., paragraphe 59.

[16] CJUE, 22 décembre 2022, aff. C-148/21 et C-184/21, Louboutin c/ Amazon Europe Core Sàrl **N° Lexbase : A903884I**.

[17] Comp. avec l'article 3, g, iii), du Règlement (UE) n° 2022/2065, préc. : « un service d'"hébergement", consist(e) à stocker des informations fournies par un destinataire du service à sa demande ».

[18] Loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique., art. 6 **N° Lexbase : O6603AWH,** l'hébergeur n'est pas soumis « à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Règle maintenue par l'article 6, §1, du Règlement (UE) n° 2022/2065, préc. : « En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le fournisseur de services n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que le fournisseur : a) n'ait pas effectivement connaissance de l'activité illégale ou du contenu illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas conscience de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité illégale ou le contenu illicite est apparent; ou b) dès le moment où il en prend connaissance ou conscience, agisse promptement pour retirer le contenu illicite ou rendre l'accès à celui-ci impossible. »

[19] CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, l'Oréal SA c/ eBay International AG, préc. – CJUE, 2 juillet 2020, aff. C-567/18, Coty Germany GmbH c/ Amazon Services Europe Sàrl, préc., où la Cour précise qu'il n'y a pas usage au sens du droit des marques lorsque l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne stocke des produits porteurs d'un signe pour le compte d'un vendeur tiers sans poursuivre lui-même la finalité d'offrir ces produits ou de les mettre dans le commerce.

[20] Conclusions de l'avocat général, préc., paragraphe 86.

[21] TJ Paris, 3-2, 10 juin 2022, Sté Carré Blanc Expansion c./Sté Amazon Eu et a. Legalis.

[22] Règlement (UE) n° 2022/1925, du 14 septembre 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique **N° Lexbase : L5815ME4**.

[23] Règlement (UE) n° 2022/1925, du 14 septembre 2022, préc.